

التَّكْمَلَةُ الشَّانِيَّةُ

المَجْمُوع

شَرْحُ الْمَهَذَّبِ

الجزء الخامس عشر

النَّاشِر
المَكْتَبَةُ السَّالِفِيَّةُ
المَدِينَةُ الْمُنَوَّرَةُ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الإجارة

يجوز عقد الإجارة على المنافع المباحة ، والدليل عليه قوله تعالى : فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ،

وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضي الله عنه قال : كنا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع ، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق .

وروى أبو أمامة التيمي قال : سألت ابن عمر فقلت : إنا قوم نكري في هذا الوجه ، وإن قوماً يزعمون أن لا حج لنا ، فقال ابن عمر : أستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة ، إن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فسأل عما تسألون عنه فلم يرد عليه حتى نزل ولبس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم ، فتلاها عليه . وروى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام أجره ، ولأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان ، فلما جاز عقد البيع على الأعيان وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع

(فصل) ولا تجوز على المنافع المحرمة لأنه يحرم فلا يجوز أخذ العوض عليه كالميتة والدم .

(فصل) واختلف أصحابنا في استئجار الكلب المعلم ، فمنهم من قال يجوز لأن فيه منفعة مباحة لحاجته لاستئجاره كالفهد ، ومنهم من قال : لا يجوز ، وهو الصحيح ، لأن اقتنائه لا يجوز إلا للحاجة . وهو الصيد وحفظ الماشية وما لا يقوم غير الكلب فيه مقامه إلا بمؤن ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان وما أبح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه كالميتة ، ولأنه لا يضم منفعته بالغصب فدل على أنه لا قيمة لها .

(فصل) واختلفوا في استئجار الفحل للضراب ، فمنهم من قال يجوز لأنه

يجوز أن يستباح بالاعارة فجاز أن يستباح بالاجارة كسائر المنافع ، ومنهم من قال لا يجوز ، وهو الصحيح ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن عشب الفحل ، ولأن المقصود منه هو الماء الذى يخلق منه وهو محرم لا قيمة له فلم يحز أخذ العوض عليه كالميتة والدم

(فصل) واختلفوا فى استئجار الدراهم والدنانير ليكمل بها الدكان واستئجار الاشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فمنهم من قال يجوز ، لانه منفعة مباحة فجاز الاستئجار لها كسائر المنافع . ومنهم من قال لا يجوز ، وهو الصحيح ؛ لان الدراهم والدنانير لا تراد للجمال ولا الاشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فكان بذل العوض فيه من السفه وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل ، ولانه لا يضمن منفعتها بالغصب فلم يضمن بالعقد

(الشرح) حديث سعد بن أبي وقاص رواه أحمد وأبو داود والنسائي ، وقد سكت عنه أبو داود والمنذرى . قال ابن حجر فى فتح البارى : رجاله ثقات إلا أن محمد بن بكرمة المخزومى لم يرو عنه إلا ابراهيم بن سعد .

وأما حديث أبي أمامة التيممى فأخرجه أحمد وغيره ، وقد مضى تخريجه وبيان ما يشتمل عليه من أحكام فى كتاب الحج .

وأما حديثه من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية ، فقد أخرجه أحمد فى مسنده والبخارى ومسلم والترمذى عن ابن عمر .

وأما حديث النهى عن ثمن عشب الفحل فقد رواه أحمد والبخارى والنسائي وأبو داود ، ورواه الدارقطنى عن أبي سعيد الخدرى بالفظ ، نهى عن عشب الفحل وعن قفيز الطحان ،

وقال فى مجمع الزوائد : رجال أحمد رجال الصحيح ، إلا أن ابراهيم النخعى لم يسمع من أبي سعيد فيها أحسب . وأخرجه أيضا البيهقى وعبد الرزاق وإسحاق فى مسنده وأبو داود فى المراسيل والنسائي فى الزراعة غير مرفوع

والأصل فى جواز الاجارة الكتاب والسنة والاجماع ، فأما الكتاب فقوله تعالى : فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن ، قالت إحداهما : يا أبت استأجره

٥
إن خير من استأجرت القوى الأمين ، قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي
هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج فإن أتممت عشرأ فم عندك ،

وروى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال : كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم
فقرا (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال : إن موسى عليه السلام أجر نفسه
ثمانى حجج أو عشرأ على عفة فرجه وطعام بطنه ، وقال تعالى : فوجد فيها جدارأ
يريد أن ينقض فأقامه ، قال لو شئت لاتخذت عليه أجرا ،

وأما السنة فقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر استأجرا
عبد الله بن الأريقط الديلي وكان خريتا - وهو الحبير بمسالك الصحراء والوهاد
العالم بجغرافية بلاد العرب على الطبيعة - ليكون هاديا ومرشدا لهما في هجرتها
من مكة إلى المدينة .

وفي البخارى عن أنى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ثلاثة أنا خصمهم
يوم القيامة : رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حرا فأكل ثمنه ، ورجل
استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره ، والأحاديث في هذا كثيرة

أما الاجماع فقد انعقد بين أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة
إلا ما روى عن عبد الرحمن الأصم الذى قيل فيه : إنه عن الحق أصم من أنه
لا يجوز ذلك لأنه غرر ، لأنه يعقد على منافع لم تخاق ، ولو تحقق ما ينص - وره
الأصم صوابا لتعطلت الصنائع والمساكن والمتاجر والمواصلات بكل أنواعها
لأنها كلها - وهى تستغرق مظاهر الحياة قديما وحديثا - قائمة على المؤاجرات
والمعاوضات على المنافع كالمعاوضات على الاعيان سواء بسواء ، بل إن المعاوضات
على المنافع أوسع مدى وأكثر عددا وأشمل مرفقا ، ولأن المنافع المباحة أوسع
آفاقا من الاعيان والعروض .

فإذا ثبت هذا فإن الاجارة كالبيع تنعقد بأربعة : بمؤجر ومستأجر ومؤاجر
وأجرة . فالأول فهو باذل المنفعة كالبائع ، والثانى طالب المنفعة كالمشتري ،
وكل من صح شراؤه صح استئجاره . والثالث فهو كل عين صح الانتفاع بها مع
بقائها صحت إيجارها كالدور والعقار إذا لم يكن المقصود من منافعها أعيانا كالنخل

والشجر ، وما تم الانتفاع به مع عينه لم تصح اجارته كالدراهم والماء كول ، لأن
منفعة الدراهم بإزالتها عن الملك ، ومنفعة الماء كول بالاستهلاك كاستئجار الدراهم
والدنانير للجمال والزينة والطعام ليعتبر مكيلا ففيه لا صحابنا وجهان :

(أحدهما) يصح لوجود المعنى وحصول الانتفاع مع بقاء العين

(والوجه الثاني) لا يصح لأن هذا نادر من منافع ذلك ، والاغلب سواء ؛
فصار حكم الاغلب هو المذهب ، ولأن المنافع المضمونة بالاجارة هي المضمونة
بالغصب ، ومنافع الدراهم والطعام لا تضمن بالغصب كنشر الثياب فوق الشجر
فلم يصح أن تضمن بالاجارة . وهذا كل ما كانت منافعها أعياناً من النخل
والشجر ، لأن منافعها ثمار هي أعيان يمكن العقد عليها بعد حدوثها ، فلم يصح
العقد عليها قبله .

فإن استأجر ذلك لمنفعة تستوفي مع بقاء العين كالاستئجار بالشجر أو ربط
ماشية اليها فذلك ضربان :

(أحدهما) أن يكون هذا غالباً فيها ومقصوداً من منافعها فتصح الاجارة عليها
(والثاني) أن يكون نادراً غير مقصود في العرف ، فيكون على ما مضى
من الوجهين .

ثم العقد وإن توجه الى العين فهو أنه ربما تناول المنفعة لأن الاجرة في مقابلتها
وإنما توجه الى العين لتعتبر المنفعة بها . وقال أبو اسحاق المروزي : العقد إنما
تناول العين دون المنفعة ليستوفي من العين مقصوده من المنفعة ، لأن المنافع غير
موجودة حين العقد فلم يحز أن يتوجه العقد اليها . وهذا خطأ ، ألا ترى أنه قد
يصح العقد على منفعة مضمونة في الذمة غير مضافة الى عين ؟ كرجل استأجر من
رجل عملاً مضموناً في ذمته ، وإذا كان كذلك فلا بد أن تكون المنفعة معلومة
كما لا بد أن يكون المبيع معلوماً ، فإن كانت مجهولة لم تصح الاجارة ، كما لو كان
المبيع مجهولاً ، والعلم بها قد يكون من وجهين :

(أحدهما) تقدير العمل مع الجمل بالمدة (والثاني) تقدير المدة مع الجمل
بتقدير العمل ، وسيأتي تفصيلهما وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلفوا في الكافر إذا استأجر مسلماً لإجارة معينة ، فمنهم من قال فيه قولان لأنه عقد يتضمن حبس المسلم فصار كبيع العبد المسلم منه . ومنهم من قال يصح قولاً واحداً لأن علياً كرم الله وجهه كان يستقي الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة (فصل) ولا يصح إلا من جاز التصرف في المال لأنه عقد يقصد به المال فلم يصح إلا من جاز التصرف في المال كالبيع

(فصل) وينعقد بلفظ الاجارة لأنه لفظ موضوع له ، وهل ينعقد بلفظ البيع ، فيه وجهان (أحدهما) ينعقد لأنه صنف من البيع لأنه تملك يتقسط العوض فيه على المعوض كالبيع فانهقد بلفظه (والثاني) لا ينعقد لأنه يخالف البيع في الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح .

(فصل) ويجوز على منفعة عين حاضرة ، مثل أن يستأجر ظهراً بعينه للركوب ويجوز على منفعة عين في الذمة مثل أن يستأجر ظهراً في الذمة للركوب ، ويجوز على عمل معين مثل أن يكتري رجلاً ليخيط له ثوباً أو يبني له حائطاً ، ويجوز على عمل في الذمة ، مثل أن يكتري رجلاً ليحصل له خياطة ثوب أو بناء حائط لانا بينا أن الاجارة بيع والبيع يصح في عين حاضرة وموصوفة في الذمة ، فكذلك الاجارة . وفي استئجار عين لم يرها قولان (أحدهما) لا يصح (والثاني) يصح ويثبت الخيار إذا رآها كما قلنا في البيع

(فصل) ويجوز على عين مفردة وعلى جزء مشاع لانا بينا أنه بيع ، والبيع يصح في المفرد والمشاع فكذلك الاجارة .

(فصل) ولا تجوز إلا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها ، فإن استأجر أرضاً للزراعة لم تصح حتى يكون لها ماء يؤمن انقطاعه ، كما العين والمد بالبصرة والثلج والمطر في الجبل لان المنفعة في الاجارة كالعين في البيع فإذا لم يحز بيع عين لا يقدر عليها لم تجز إجارة منفعة لا يقدر عليها فإن اكرت أرضاً على نهر إذا زاد سقى وإذا لم يزد لم يسق ، كأرض مصر والفرات وما انحدر من دجلة نظرت فان اكرتها بعد الزيادة صح العقد لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه ، فهو كبيع الظهور

في القفص . وإن كان قبل الزيادة لم يصح لأنه لم يعلم هل يقدر على المعقود عليه
أو لا يقدر فلم يصح كبيع الطير في الهواء ؛ وإن اكترى أرضا لاماء لها ولم يذكر
أنه يكثرها للزراعة ففيه وجهان ، أحدهما : لا يصح لأن الأرض لا تكثر في
العادة إلا للزراعة ، فصار كما لو شرط أنه يكثرها للزراعة . والثاني : أن كانت
الأرض عالية لا يطعم في سقيها صح العقد لأنه يعلم أنه لم يكثرها للزراعة . وإن
كانت مستفلة يطعم في سقيها بسوق الماء اليها من موضع لم يصح لأنه اكترها
للزراعة مع تعذر الزراعة ، فإن اكترى أرضا غرقت بالماء لزراعة ما لا يثبت في
الماء كالحنطة والشعير نظرت فإن كان الماء مغيض إذا فتح انحسر الماء عن الأرض
وقدر على الزراعة صح العقد ، لأنه يمكن زراعتها بفتح المغيض ، كما يمكن سكى
الدار بفتح الباب ، وإن لم يكن له مغيض ولا يعلم أن الماء ينحسر عنها لم يصح
العقد لأنه لا يعلم هل يقدر على المعقود عليه أم لا يقدر فلم يصح العقد كبيع ما في
يد الغاصب ، فإن كان يعلم أن الماء ينحسر وتنشفه الرياح ففيه وجهان : أحدهما
لا يصح لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة في الحال . والثاني يصح وهو قول أبي إسحاق
وهو الصحيح لأنه يعلم بالعادة إمكان الانتفاع به ، فإن اكترى أرضا على ماء إذا
زاد غرقت فاكترها قبل الزيادة صح العقد لأن الفرق متوهم فلا يمنع صحة العقد
(الشرح) خبر على رضى الله عنه رواه أحمد وجوهر الحافظ بن حجر اسناده
وافظه د جمعت مرة جوعا شديدا فخرجت لطلب العمل في عوالي المدينة ، فإذا أنا
بامرأة قد جمعت مدرأ فظننتها تريد بله ، فقاطعتها كل ذنوب على تمر ، فمددت
سنة عشر ذنوبا حتى مجلت يداي ، ثم أتيتها فعدت لي ست عشرة تمر ، فأتيته
النبي (ص) فأخبرته فأكل معي منها ، وقد أخرجه ابن ماجه والبيهقي عن ابن
عباس أن عليا أجز نفسه من يهودى يسقى له كل دلو بتمر ، وعندهما أن كل عدد
التمر سبع عشرة تمر . وفي اسناده حاش راويه عن عكرمة وهو ضعيف .
وقوله د ذنوبا ، الدلو مطلقا أو التي فيها ماء أو الممثلة أو غير الممثلة وكأما
في القاموس ، وقوله د مجات ، بكسر الجيم أى غاظت وتنفطت وقد أجمل العمل
أو المجل أن يكون بين الجلد واللحم ماء ، أو المجله جلدة رقيقة يجتمع فيها ماء
من أثر العمل .

وهذا الخبر يدل دلالة يعجز القلم عن استقصاء ما توحى به ، من بيان ما كانت الصحابة عليه من الحاجة وشدة الفاقة والصبر على الجوع وبذل الوسع وإتاعاب النفس في تحصيل القوام من العيش للتعفف عن السؤال وتحمل المتن ، وأن تأجير النفس لا يعد دناءة ، وإن كان المستأجر غير شريف أو كافراً والأكير من أشرف الناس وعظماهم ، وقد أورده صاحب المنتقى ليستدل به على جواز الإجارة معاددة بمعنى أن يفعل الأكير عدداً معلوماً من العمل بعدد معلوم من الأجرة .

(فرع) الإجارة عوض في مقابلة المنفعة كالثمن في مقابلة المبيع وحكمه كحكمه في جوازه معيناً وفي الذمة . قال الشافعي : فالإجارات صنف من البيوع لأنها تملك من كل واحد منهما لصاحبه اهـ .

ومن هذا أخذ الفقهاء أنه عقد لازم لا يجوز فسخه إلا بعيب كالبيع ، فإن كان العيب موجوداً في الشيء المؤجر كالدار إذا خربت والدابة إذا مرضت فالمستأجر أن يفسخ دون المؤجر كما لو وجد بالمبيع عيب كان للمشتري أن يفسخ دون البائع ، وإن كان العيب موجوداً في الأجرة فإن كانت في الذمة أبدل المبيع بغيره ولا خيار ، وإن كانت معيبة فللمؤجر أن يفسخ دون المستأجر كما يفسخ البائع بوجود العيب في الثمن المعين دون المشتري : ولا يجوز فسخ الإجارة بعذر يطرأ إذا لم يطرأ في المعقود عليه عيب ، ومن هنا كان لأصحابنا وجهان في انعقاده بلفظ البيع ، ونظراً لأن عقد الإجارة كعقد الشكاح يؤخذ جانب البيع فيه بمفهوم المعاوضة وليس بمنطوق التعاقد لذلك قالوا : إنه يخالف البيع في الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالشكاح ، والوجه الثاني : ينعقد بلفظ البيع لأنه تملك يتقسط العرض فيه على البازل كالبيع سواء بسواء .

إذا ثبت هذا : فهل المعقود عليه العين لأنها المروجة فيقال : أجرتك داري أم أن العقد يتعلق بالمنفعة دون الأعيان ، فيقال : أجرتك داري أو منفعة داري بكذا ، أو بعثتك منفعتها ، وهذا الأخير هو قول مالك وأبي حنيفة وأحمد وأكثر أصحاب الشافعي ، ويصح العقد على منفعة مضمونه في الذمة غير مضافه إلى عين كرجل استأجر من رجل عملاً مضمناً في ذمته ، وإذا كان كذلك فلا بد أن تكون

المنفعة معلومة كما لا بد أن يكون المبيع معلوما ، فإن كانت مجهولة لم تصح الاجارة كما لو كان المبيع مجهولا ، ومن ثم كانت الاجارة على نوعين ، نوع يكون عقده على مدة معلومة : ونوع يكون على عمل معلوم فالأول كالدار والأرض فلا تجوز إيجارتهما إلا على مدة ومتى تقدرت المدة لم يحز تقدير العمل ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد ، لأن الجمع بينهما يزيدا غررا ، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة ، فإن استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما تعاقد عليه وإن لم يعمل كان تاركا للعمل في بعض المدة ، وقد لا يفرغ من العمل في المدة ، فإن أنه عمل في غير المدة ، وهذا غرر أمكن التحرز منه ، ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يحز العقد معه .

(فرع) قال الشافعي : إذا تبارى الرجل الأرض ذات الماء من العين أو النهر نيل أو غير نيل أو الغيل أو الآبار على أن يزرعها غلة الشتاء والصيف فزرعها إحدى الغلتين والماء قائم ثم نصب فذهب قبل الغلة الثانية فأراد رد الأرض بذهاب الماء فذلك له ويكون عليه من الكراء بحصة ما زرع إن كانت حصة الزرع الذي زرع الثلث أو النصف أو الثلثين أو أقل أو أكثر أدى ذلك وسقطت عنه حصة الزرع الثاني اهـ .

قال النووي في المنهاج : ولا يصح استئجار آبق ومغصوب وأعمى للحفظ . وأرض للزراعة لا ماء لها دائم ، ولا يكفيها المطر المعتاد ، ويجوز إن كان لها ماء دائم ، وكذا إن كفاها ماء المطر الدائم أو الشلوج المجتمعة ، والغالب حصولها في الأصح اهـ . قال الشريفي الخطيب في المغنى : ومجرد الامكان لا يكفي كما يمكن عود الآبق والمغصوب ، نعم لو قال المكري أنا أحفر لك بئرا وأسقي أرضك منها أو أسوق الماء اليها من موضع آخر صحت الاجارة كما قال الروياني . أما لو استأجرها للسكنى فإنه يصح ، وإن كانت بمحل لا يصلح لها كالمغارة ، إلى أن قال : ويجوز استئجار أراضي مصر للزراعة بعد ريها بالزيادة ، وكذا قبله على الأصح إن كانت تروى من الزيادة الغالبة كخمس عشرة ذراعا فما دونها كما نقله في الكفاية عن أبي الطيب وابن الصباغ واقتضاه كلام الشيخين .

وقال السبكي : وما يروى من خمسة عشر كالموثوق به عادة . وما يروى من

سنة عشر وسبعة عشر غالب الحصول ، وإن كان الاحتمال متطرقا إلى الستة عشر وإلى السبعة عشر كثيراً اهـ

وتصح الأرض للزراعة قبل انحسار الماء عنها ، وإن سترها عن الرؤية ، لأن الماء من مصلحتها كاستتار اللوز والجوز بالقشر ، فإن قيل : ينبغي عدم الصحة لأن الانتفاع عقب العقد شرط ، والماء بمنعه أجيب بأن الماء من مصلح الزرع ، وبأن صرفه يمكن في الحال بمنح موضع ينصب إليه فيتمكن من الزرع حالا كاستئجار دار مشحونة بالامتعة التي يمكن نقلها في زمن لا أجرة له هذا إن وثق باحساره وقت الزراعة وإلا فلا يصح ، وإن كانت الأرض على شط نهر ، والظاهر أنه يحرقها بفيضانه أو تنهار من أمواجه لم يصح استئجارها لعدم القدرة على تسليمها ، وإن احتمله ولم يظهر جاز لأن الأصل والغالب السلامة .

وإن استأجر أرضاً للزراعة وأطلق دخل فيها شربها ان اعتيد دخوله بعرف مطرد - والشرب بكسر الشين - النصيب من الماء ، بخلاف مالهو باعها لا بدخل ، لأن المنفعة هنا لا تحصل بدونه أو شرط في العقد ، فإن اضطرب العرف فيه أو استثنى الشرب ولم يوجد شرب غيره لزوال المانع بالاعتناء عن شربها ، والامتناع الشرعي لتسليم المنفعة كالحسي في حكمه .

وقد أورد المصنف وجهين في الأرض التي يغطيها الماء وعلم انحسار أو احتمال تبخرها وجفافها ، أحدهما : عدم صحة العقد لعدم إمكان استيفاء المنفعة حالا ، والثاني : وهو قول أبي إسحاق المروزي وهو الصحيح والذي عليه الفتوى من أنه المذهب أنه يصح ، لأنه يعلم بالعادة المطردة إمكان الانتفاع والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن استأجر رجلاً ليعمله بنفسه سورة وهو لا يحسنها ففيه وجهان (أحدهما) يصح كما يصح أن يشتري سلعة بدراهم ، وهو لا يملكها ثم يحصلها ويسلم (والثاني) لا يصح لأنه عقد على منفعة معينة لا يقدر عليها فلم يصح كمالو أجر عبد غيره .

(فصل) ولا تصح الإجارة إلا على منفعة معلومة القدر لأننا بينا أن الإجارة

بيع والبيع لا يصح إلا في معلوم القدر فكذلك الاجارة ويعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل
أو بتقدير المدة ، فإن كانت المنفعة معلومة القدر في نفسها كخياطة ثوب وبيع حديد
والركوب إلى مكان قدرت بالعمل لأنها معلومة في نفسها فلا تقدر بغيرها ، وإن قدر
بالعمل والمدة بأن استأجره يوم ما لينحيط له قيماً فالاجارة باطلة لأنه يؤدي إلى التعارض
وذلك أنه قد يفرغ من الخياطة في بعض اليوم فإن طوالب في بقية اليوم بالعمل أدخل
بشرط العمل وإن لم يطالب أدخل بشرط المدة ، فإن كانت المنفعة مجهولة المقدار في
نفسها كالسكنى والرضاع وسقى الأرض والتطيين والتجسيص قدر بالمدة لأن
السكنى وما يشبع به الصبي من اللبن وما تروى به الأرض من السقى يختلف ولا
ينضب ، ومقدار التطيين والتجسيص لا ينضب لاختلافهما في الرقة والشخونة
فقدر بالمدة ، واختلف أصحابنا في استئجار الظاهر للحرث ، فمنهم من قال يجوز
أن يقدر بالعمل بأن يستأجره ليحرث أرضاً بعينها ، ويجوز أن يقدر بالمدة بأن
يستأجره ليحرث له شهراً ، ومنهم من قال لا يجوز تقديره بالمدة والاول أظهر
لأنه يمكن تقديره بكل واحد منهما فجاز التقدير بكل واحد منهما

(فصل)

وما عقد على مدة لا يجوز الا على مدة معلومة ابتداء والانتهاء .
فإن قال أجزتك هذه الدار كل شهر بدينار فالاجارة باطلة ، وقال في الاملاء
تصح في الشهر الاول وتبطل فيما زاد ، لأن الشهر الاول معلوم وما زاد مجهول
فصح في المعلوم وبطل في المجهول ، كما لو قال أجزتك هذا الشهر بدينار وما زاد
بحسابه ، والصحيح هو الاول لأنه عقد على الشهر وما زاد من الشهور . وذلك
مجهول فبطل ، ويخالف هذا إذا قال أجزتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه
لأن هناك أفرد الشهر الاول بالعقد وهمنا لم يفرد الشهر عما بعده بالعقد ، فبطل
بالجميع ، فإن أجره سنة مطلقة حمل على سنة بالاهلة ، لأن السنة المعهودة في
الشرع سنة الاهلة . والدليل عليه قوله عز وجل : يسألونك عن الاهلة قل
هي موافيت للناس والحج . فوجب أن يحمل العقد عليه ، فإن كان العقد في أول
الحلال عد اثنا عشر شهراً بالاهلة ، تاماً كان الشهر أو ناقصاً ، وإن كان في أثناء
الشهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهراً بالاهلة ثم كمل عدد الشهر

الأول بالعدد ثلاثين يوما لأنه تعذر إتمامه بالشهر الهلالي فتتم بالعدد ، فإن أجره سنة شمسية فقيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه على حساب أنسى فيه أيام والنسيء حرام ، والدليل عليه قوله تعالى : إنما النسيء زيادة في الكفر ،

(والثاني) أنه يصح لأنه وإن كان النسيء حراما ، إلا أن المدة معلومة - لجاز العقد عليها كالنيروز والمهرجان ، وفي أكثر المدة التي يجوز عقد الاجارة عليه طريقان ذكرناهما في المساقاة

(فصل) ولا تصح الاجارة الا على منفعة معلومة ، لان الاجارة بيع والمنفعة فيها كالعين في البيع ، والبيع لا يصح الا في معلوم فكذلك الاجارة ، فان كان المكتري دارا لم يصح العقد عليها حتى تعرف الدار لان المنفعة تختلف باختلافها فوجب العلم بها ولا يعرف ذلك الا بالتعيين لأنها لا تضبط بالصفة - فافتقر الى التعيين كالعقار والجواهر في البيع ، وهل يفنقر الى الرؤية ؟ فيه قولان بناء على القولين في البيع ، ولا يفنقر الى ذكر السكنى ولا الى ذكر صفاتها لان الدار لا تسكترى الا للسكنى وذلك معلوم بالعرف فاستغنى عن ذكرها كالبيع بثمن مطابق في موضع فيه نقد معروف ، وان اكرت ارضا لم يصح حتى تعرف الارض لما ذكرناه في الدار ، ولا يصح حتى يذكر ما يكرت له من الزراعة والغراس والبناء ، لان الارض تسكترى لهذه المنافع وتأثيرها في الارض يختلف فوجب بيانها .

وان قال : أجرتك هذه الارض لتزرعها ما شئت جاز ، لانه جعل له زراعه أضر الاشياء ، فأى صنف زرع لم يستوف به أكثر من حقه ، وان قال أجرتك لتزرع وأطلق فقيه وجهان (أحدهما) لا يصح لان الزرع مختلفه في التأثير في الارض فوجب بيانها (والثاني) يصح لان التفاوت بين الزرعين يقل

وان قال أجرتك لتزرعها أو تغرسها لم يصح لانه جعل له أحدهما ولم يعين فلم يصح ، كما لو قال بعثك أحد هذين العبدین ، وان قال أجرتك لتزرعها وتغرسها فقيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول المزني وأبي العباس وأبي اسحاق لأنه

لم يبين المقدار من كل واحد منهما (والثاني) يصح وله أن يزرع النصف ويغرس النصف ، وهو ظاهر النص ، وهو قول أبي الطيب بن سلمه ، لأن الجمع يقتضى التسوية فوجب أن يكون نصفين

(الشرح) هذا الحكم في تعليم القرآن ينبى على أن تعليم القرآن هل يجوز بأجر أو لا ؟ فقد روى ابن ماجه والبيهقى والرويانى فى مسنده عن أبى بن كعب قال : علمت رجلا القرآن فأهدى لى قوساً ، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن أخذتها أخذت قوساً من نار ، فرددتها .

قال البيهقى وابن عبد البر : هو منقطع ، يعنى بين عطية السكلاعى وأبى بن كعب وكذلك قال المزي ، وتعقبهم الحافظ بن حجر بأن عطية ولد فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، وأعله ابن القطان بالجهل بحال عبد الرحمن بن سلم الراوى عن عطية .

* * *

وورد عن عبادة بن الصامت عند أبى داود وابن ماجه باللفظ : علمت ناساً من أهل الصفة الكتاب والقرآن ، فأهدى إلى رجل منهم قوساً فقالت : ليست بمال وأرمى عليها فى سبيل الله عز وجل ، لآتين رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا سأله فأتته فقالت : يا رسول الله ، إنه رجل أهدى إلى قوساً بمن كنت أعلمه الكتاب والقرآن وليست بمال وأرمى عليها فى سبيل الله ، فقال : إن كنت تحب أن تطوق طوقاً من نار فاقبلها ،

وفى إسناده المغيرة بن زياد أبو هاشم الموصلى ، وقد وثقه وكيع ويحيى بن معين وتكلم فيه جماعة . وقال أحمد : ضعيف الحديث ، حدث بأحاديث منكورة وكل حديث رفعه فهو منكر .

وقال أبو زرعة الرازى : لا يحتج بحديثه ، ولكنه قد روى عن عبادة من طريق أخرى عند أبى داود باللفظ : فقالت : ما ترى فيها يا رسول الله ؟ فقال جرة

بين كنفيك تقلدتها أو تعلقتها ، وفي هذه الطريق بقية بن الوليد ، وقد تكلم فيه جماعة ووثقه الجمهور إذا روى عن الثقات ، وقد أورد ابن حجر حديث عبادة هكذا في كتاب النفقات من تلخيص الحبير وتكلم عليه ، وفي هذا المعنى ورد عن معاذ عند الحاكم والبخاري بنحو حديث أبي ، وعن أبي الدرداء عند الدارمي بإسناد على شرط مسلم بنحوه أيضاً .

وقد استدل بهذه الأحاديث القائلون بعدم جواز الأجرة على تعليم القرآن كأحمد بن حنبل وأصحابه وأبي حنيفة ، وبهذا قال عطاء والضحاك بن قيس والزهرى وإسحاق بن راهويه وعبد الله بن شقيق ، وذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية إلى أنها تحل الأجرة على تعليم القرآن ، وأجابوا عن هذه الأحاديث بأجوبة منها أن حديث عبادة وأبي حنيفة في عيين فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنهما فعلا ذلك خالصاً لله فيكره أخذ العوض عنه ، وأما من علم القرآن على أنه لله وأن يأخذ من المتعلم ما دفعه إليه بغير سؤال ولا استشراف نفس فلا بأس به .

وقد استدلوا على الجواز بحديث سهل بن سعد عند الشيخين ، أن النبي صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك فقامت قياماً طويلاً ، فقام رجل فقال : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال صلى الله عليه وسلم : هل عندك من شيء تصدقها إياه ؟ فقال : ما عندي إلا إزارى هذه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن أعطيتها إزارك ؛ جلست لا إزار لك فأنتمس شيئاً فقال : ما أجد شيئاً فقال : التمس ولو خاتماً من حديد فأنتمس فلم يجد شيئاً ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : هل معك من القرآن شيء ؟ فقال : نعم سورة كذا وسورة كذا يسميها ، فقال النبي (ص) قد زوجتكها بما معك من القرآن ، وفي رواية : قد ما كنتكها بما معك من القرآن ، ولمسلم : زوجتكها تعلمها القرآن ،

وفي رواية لأبي داود : علما عشرين آية وهي إمرأتك ، ولأحمد : وقد أنكحتكها على ما معك من القرآن .

ومن أدلة الجواز حديث عمر المتقدم في كتاب الزكاة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : ما أتاك من هذا المال من غير مسئلة ولا اشراف نفس فخذ ، ومن أدلة الجواز حديث الرقية المشهور الذي أخرجه البخارى عن ابن عباس وفيه : إن أحق ما أخذتم عليه أجرأ كتاب الله .

فإذا ثبت هذا : فإن كان الأجر على تعليم السورة لا يحفظها ففي صحة ذلك وجهان (أحدهما) يصح كما يصح شراء ما لا يملك ثمنه على أن يحصلها ثم يدفعها (والثاني) لا يصح لأن المنفعة غير مقدور عليها فلم يصح .

قال العلامة الشريفي في المغنى على المنهاج : أما إذا استأجره مدة لجميعه فإنه لا يصح على الأصح فإن فيه جمعاً بين الزمان والعمل وحينئذ كان ينبغي أن يقول المصنف — يعنى النووى — تعليم قرآن بالتنكير ، فإن الشافعى رضى الله عنه في باب التدبير نص على أن القرآن بالآلف واللام لا يطلق إلا على جميعه ، فإذا قدر التعليم بمدة كشهر هل يدخل الجميع أو لا ؟ أفق الغزالي بأن أيام السبوت مستثناة في استئجار اليهودى شهراً لأطراد العرف به .

وقال البلقيني : ويقاس عليه الأحاد للنصارى ، والجمع في حق المسلمين ، ثم قال ويشترط علم المتعاقدين بما يقع العقد على تعليمه ، فإن لم يعلماه وكلا من يعلم ذلك ولا يكفي أن يفتح المصحف ويقول : تعلمنى من هنا إلى هنا ، لأن ذلك لا يفيد معرفة المشار اليه بسهولة أو صعوبة ، فإذا أطلق العقد في تعلم القرآن ولم يشترط قراءة بعينها فقد قال الماوردى والرويانى تفريعاً على ذلك : يعلمه الاغلب من قراءة البلد كما لو أصدقها دراهم فإنه يتعين دراهم البلد ، أى فإن لم يكن فيها أغلب علمه ما شاء من ذلك وهذا أوجه ، فإن عين له قراءة تعينت : فإن أقرأه غيرها لم يستحق أجره في أحـ وجهين يظهر ترجيحه ، ولا يشترط رؤية المتعلم ، ويشترط في المتعلم أن يكون مسلماً أو يرجى إسلامه : فإن لم يرج لم يعلم كما يبيع المصحف من الكافر .

(فرع) قال الشافعى : وكذلك يملك المستأجر المنفعة التى فى العبد والدار والدابة إلى المدة التى اشترط حتى يكون أحق بها من ماليتها ، ويملك بها صاحبها

العوض فهي منفعة معقولة من عين معروفة فهي كالعين المبيعة ، ولو كان حكمها خلاف حكم العين لكان في حكم الدين ولم يحز أن يكتري بدين لانه حينئذ يكون ديناً بدين ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الدين بالدين ، فاذا وقع ما أكرى وجب له جميع الكراء كما إذا دفع ما باع وجب له جميع الثمن إلا أن يشترط أجلاً اهـ .

وجمله القول في عقد الإجارة أن يتضمن تملك منافع في مقابلة أجره ، فأما المنافع فلا خلاف أنها تملك بالعقد ويستقر الملك بالقبض ، وأما الإجارة فلم يثلاثة أحوال .

(أحدها) أن يشترط حلولها وتكون حاله اتفاقاً .

(والثاني) أن يشترط تأجيلها أو تنجيمها فتكون مؤجلة أو منجمة اجماعاً

(والثالث) أن يطلقها فلا يشترط فيها حلولاً ولا تأجيلاً ، فقد اختلف

الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب : فذهب الشافعي منها أن الأجرة تكون حاله

تملك بالعقد وتستحق بالتسكين ، وقال أبو حنيفة : لا يتعجل الأجرة بل تكون

في مقابلة المنفعة ، فكما مضى من المنفعة جزء ملك ما في مقابلته من الأجرة ،

وقال مالك : لا يستحق الأجرة إلا بمضي جميع المدة استدلالاً بقوله تعالى ، فإن

أرض منكم فآتوهن أجورهن ، فافتضى أن تكون باستكمال الرضاع يستحق

الأجرة ؛ وبما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أعطوا الأجير

أجره قبل أن يحف عرقه ، فكان ذلك منه حثاً على تعجيلها في أول زمان

استحقاقها ، وذلك بعد العمل الذي يعرف به ، ولأن أصول العقود موضوعه

على تساوي المتعاقدين فيما يملكانه بالعقد ويكون ملك العوض تالياً لملك المعوض

كالبيع إذا ملك على البائع المبيع ملك به الثمن ، وإذا سلم المبيع استحق قبض المنافع

مؤجلاً وجب أن يكون قبض الأجرة مؤجلاً ، وتحريره قياساً أنه عقد معاوضة

فوجب أن يكون استحقاق العوض بعد قباض المعوض كالبيع ، ولأن ما استحق

من الأعواض على المنافع يلزم أدائه بعد تسليم المنافع كالجعله والقراض ، ولأن

من ملك الأجرة يمنع من استحقاقها عليه بالعقد ، وقد ثبت أن الدار المؤجرة من

الأجرة فدل على أنه لم يكن مالكا للأجرة .

ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المنافع استحق العوض فيه حالا كالنكاح ؛
ولأن كل عوض تمجل بالشرط فباطل لاقه يوجب حله كالثمن ، ولأن الأصول
موضوعة على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض ليستوى حكم المتعاقدين
فيما يملكانه من عوض ومعوض كما هو مقرر في الأصول فلا يكون حظ أحدهما فيه
أقوى من حظ الآخر كالبيع إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن ، وكذلك إذا
حصل التمكن وجب تسليم الصداق ، كذلك الإجارة إذا حصل تسليم المنفعة
وجب تسليم الأجرة ، والمنافع ههنا مقبوضة بالتكليف حكماً ، وإن لم يكن
القبض مستقراً .

(فرع) قال الشافعي : وله أن يؤاجر عبده وداره ثلاثين سنة ، أما عقد
الإجارة على سنة واحدة فيجوز لأن الغرر يسير فيها والضرورة داعية اليها فأما
ما زاد على السنة الواحدة فقد حكى مالك أنه جوزها إلى خمس سنين أو ست سنين
لا غير ، وللشافعي فيما زاد على السنة الواحدة قولان .

(أحدهما) لا تجوز الإجارة أكثر من سنة ، لأن الإجارة غرر لأنها عقد
قد تسلم وقد لا تسلم ، فإذا قل الزمان قل غررها لجاز ، وإذا طال الزمان أكثر
غررها فبطل كالحيار ، ولأن السنة هي المدة التي تكمل فيها منافع الزراعة في
الأرضين ، ولا تتغير فيها غالباً الحيوانات والدور فلذلك تقدرت مدة الإجارة
بها وبطلت فيما جاوزها .

(والقول الثاني) وهو أصح القولين هنا ، أن الإجارة تجوز أكثر من سنة
بثلاثين سنة قدرها الشافعي على سبيل الكثرة ؛ أما أدناها فأقل مدتها ما أمكن
فيه استيفاء المنفعة المعقود عليها وذلك قد يختلف باختلاف المؤاجر ، فإن كان
ذلك داراً للسكنى جازت إيجارتهما يوماً واحداً ، وإن كان ذلك أرضاً للزراعة فأقلها
مدة زراعتها ، فأما أكثر المدة فهو ما علم بقاء الشيء المؤاجر فيها ، فإن كان ذلك
أرضاً تأيد بقاءها ، وإن كان داراً روعي فيها مدة يبقى فيها بقاءها ، وإن كان
حيواناً روعي فيه الأغلب من مدة حياته .

(فرع) فأما إذا أجر داره كل شهر بدينار ولم يذكر عدد الشهور وغايتها لم تصح الإجازات فيما عدا الشهر الأول للجمالة بمبلغه ، فصار كقوله : أجر تسكها مدة ، واختلف أصحابنا في صحتها ولزومها في الشهر الأول على وجهين .

(أحدهما) أن الاجارة فيه صحيحة لكونه معلوما .

(والوجه الثاني) وهو الأصح أنها باطلة لكونه واحدا من عدد مجهول فلم يتميز في الحكم . وقال أبو حنيفة : الاجارة صحيحة وللمستأجر فسخ الاجارة في كل شهر قبل دخوله ، فإذا دخل قبل فسخه ازمه وجعل إطلاق الشهور مع تسمية الاجرة لكل شهر جاريا مجرى بيع الصبرة المجهولة القدر إذا سمي ثمن كل قفيز ، وهذا خطأ للخطأ بما تناوله العقد من الشهور بخلاف الصبرة التي قد أشير إليها وينحصر كميها ، ولأنه لا يخلو أن تصح الاجارة فلا يكون له فسخها من غير عذر أو تبطل ، فلا يجوز أن يقيم عليها مع العذر ، ويلزم أجرة المثل إن سكن دون المسمى .

فإذا قدر المدة بسنة حملت على السنة الهلالية المعهودة شرعا فان شرط هلاله كان تأكيدا ، وإن قال عديده أو سنة بالأيام كان له ثلاثمائة وستون يوما ، لأن الشهر العددي يكون ثلاثين يوما ، وإن استأجر سنة هلالية أول الهلال عدائني عشر شهرا بالآله سواء كان الشهر تاما أو ناقصا ؛ لأن الشهر الهلالي ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى ؛ وإن كان العقد في أثناء شهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهرا بالهلال ثم كمل الشهر الأول بالعدد ثلاثين يوما لأنه تعذر إتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لأنه الأصل ، وقد مضى في السلم بحث في الشهور العربية الهلالية والشمسية الرومية وبعد ذلك أساسا لتوقيت التعامل هنا كمثل هناك .

(فرع) قال في المنهاج : يشترط كون المنفعة معلومة ثم تارة تقدر بزمان كدار سنة ، وتارة بعمل كدابه إلى مكة وكخياطه ذا الثوب فلو جمعها فاستأجره ليخيطه بياض النهار لم يصح في الأصح ، ويقدر تعليم القرآن بمدة أو تعيين سور وفي البناء يبين الموضع والطول والعرض والسكن وما يبني به إن قدر بالعمل ،

وإذا صلحت الأرض لبناء وزراعة وغراس اشترط تعيين المنفعة . ويكفي تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع في الأصح . ولو قال : لنمنع بما شئت صح ، وكذا لو قال : إن شئت فازرع وإن شئت فاغرس في الأصح . ويشترط في إجارة دابة لركوب معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام ، وقيل لا يكفي الوصف ؛ وكذا الحكم فيما يركب عليه من حمل وغيره إن كان له . وقال السبكي : لا بد في تصوير هذه المسألة من زيادة ما شئت فيقول : إن شئت فازرع ما شئت أو اغرس ما شئت ، فإن لم يزد ما ذكر عاد الخلاف في وجوب تعيين ما يزرع . اهـ

وإذا صلحت الأرض لغراس أو بناء أو زراعة أو لإثنين من هذه الثلاثة اشترط تعيين المنفعة في صورتين لاختلاف الضرر اللاحق باختلاف منافع هذه الجهات ، فإن أطلق لم يصح ، أما إذا لم تصلح إلا لجهة واحدة فإنه يكفي الإطلاق فيها كأراضي الحكار فإنه يغلب فيها البناء ، وبعض البساتين فإنه يغلب فيها الغراس ؛ ويكفي في أرض استؤجرت للزراعة تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع فيها ، كقوله أجر تسكها للزراعة أو اتزرعها ، فيصح لقلة التفاوت بين أنواع الزرع ؛ ويزرع ما شاء للإطلاق

قال الرافعي : وكان يحتمل أن ينزل على أقل الدرجات . وما قاله حكام الحواري وجمعا ، فيكون الوجه الثاني أنه لا يكفي لأن ضرر الزرع مختلف . نعم إن أجر على غيره بولاية أو نيابة لا يكفي الإطلاق لوجوب الاحتياط . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن استأجر ظهراً للركوب لم يصح العقد حتى يعرف جنس المركوب ، لأن الغرض يختلف باختلافه ، ويعرف ذلك بالتعيين والوصف لأنه يضبط بالصفة لحاز أن يعقد عليه بالتعيين والوصف كما قلنا في البيع ، فإن كان في الجنس نوعان مختلفان في السير كالمهاج والقطوف من الخيل ففبه وجران (أحدهما) يفتقر إلى ذكره لأن سيرهما يختلف (والثاني) لا يفتقر لأن التفاوت

في جلس واحد يقل ولا يصح حتى يعرف الراكب ، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين لأنه يختلف بثقله وخفته وحركته وسكونه ، ولا يضبط ذلك بالوصف فوجب تعيينه ، ولا يصح حتى يعرف ما يركب به من سرج وغيره ، لأنه يختلف ذلك على المركوب والراكب .

فإن كان عماريه أو محملا ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجوز العقد عليه بالوصف لأنه يمكن وصفه فجاز العقد عليه بالصفة كالسرج والقنب ، والثاني إن كانت من المحامل البغدادية الخفاف جاز العقد عليه بالصفة لأنها لا تختلف وإن كانت من الحراسانية الثقالة لم يجوز إلا بالتعيين لأنها تختلف وتتفاوت (والثالث) وهو المذهب أنه لا يجوز إلا بالتعيين لأنها تختلف بالضيق والسعة والثقل والخفة وذلك لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه .

واختلف أصحابنا في المعاليق كالقدر والسطيحة ، فمنهم من قال لا يجوز حتى يعرف قولا واحداً لأنها تختلف فوجب العلم بها . ومنهم من قال فيه قولان : (أحدهما) لا يجوز حتى يعرف لما ذكرناه (والثاني) يجوز وتحمل على ما جرت به العادة لأنه تابع غير مقصود فلم تؤثر الجمالة فيه كالغطاء في الإجارة والحمل في البيع ، وإن كان السير في طريق فيه منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقاً لأنه معلوم بالعرف فجاز العقد عليه مطلقاً كالثمن في موضع فيه نقد متعارف ، فإن لم يكن فيه منازل معروفة لم يصح حتى يبين لأنه يختلف لا عرف فيه فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه .

(فصل) فإن استأجر ظهراً للحمل متاع صح العقد من غير ذكر جنس الظاهر لأنه لا غرض في معرفته ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع أنه حديد أو قطن لأن ذلك يختلف على البهيمة ولا يصح حتى يعرف قدره لأنه يختلف ، فإن كان موزوناً ذكر وزنه ، وإن كان مكيلاً ذكر كياله ، فإن ذكر الوزن فهو أولى لأنه أخصر وأبعد من الغرر ، فإن عرف بالمشاهدة جاز كما يجوز بيع الصبرة بالمشاهدة وإن لم يعرف كيالها ، فإن شرط أن يحمل عليها ما شاء بطل العقد لأنه دخل في الشرط ما يقتل البهيمة ، وذلك لا يجوز فبطل به العقد .

فأما الظروف التي فيها المتاع فإنه إن دخلت في وزن المتاع صح العقد لأن

الغرر قد زال بالوزن وإن لم تدخل في وزن المتاع نظرت فإن كانت ظروفها معروفة كالغرائر الجبلية جاز العقد عليها من غير تعيين لأنها لا تتفاوت ، وإن كانت غير معروفة لم يجز حتى تعين لأنها تختلف ولا تضبط بالصفة فوجب تعيينه .

(الشرح) المهملج . قال في القاموس : والمهملجة فارسي معرب ؛ وشاة مهملاج لا مخ فيها المزالها ، وأمر مهملاج مذل منقاد ، والمهملاج بالكسر من البراذين ، والقطوف الدابة ضاق مشيها ، قال زهير :

بارزة الفقارة لم يخنم - قطاف في الركاب ولا خلا .

والعمارية نسبة إلى موضع باليمامة والمحمل كجاس الودج فكأن منها ما يصاح للركوب ، ومنها ما يصلح للحمل ، والمعاليق جمع معلاق ، وهو ما يعلق بعروة بلا شد ولا ربط ، السطيجة إناء مسطح من الجلد .

أما الأحكام فإنه يشترط في إجارة الظهر للركوب عينا أو ذمة معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام له لينتفى الغرر . وذلك بنحو ضخامة أو نخافة ، كما في الحاوى الصغير خلافا للباقيين وغيره من اعتبار الوزن ، إذ أن ثقل الوزن يخل بتوازنه أو بحشمته ، وإنما اعتبروا في نحو المحمل الوصف مع الوزن لأنه إذا عين لا يتغير ، والراكب قد يتغير بسمن أو هزال ، فلم يعتبر جمدهما فيه ، وقيل لا يكفي الوصف وتعين المشاهدة لأنه ليس الخبر كالعيان ، وما يأتي من عدم الاكتفاء بوصف الرضيع ، وكذا الحكم فيما معه من متاع ، وفيما يركب عليه من محمل ومرج وأكاف إن فُش تفاوتته ولم يكن هناك عرف مطرد أو كان ذلك تحت يد المكنى ولو بعارية فيشترط معرفته بمشاهدته أو وصفه التام ، فإذا كان الراكب مجرداً فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه ، ويركبه المؤجر على ما شاء من مرج يليق بالدابة ويناسب قوتها . فإن كان هناك عرف مطرد فلا حاجة إلى ذكره أو النص عليه خلافا للأذرعى ، ولا بد في نحو المحمل من وطاء وهو ما يجلس عليه . وكذا غطاء إن شرط في العقد ، فإن كان ثمة عرف مطرد حمل الإطلاق عليه ، ولو شرط في عقد الإجارة حمل المعاليق فسد العقد في الأصح لاختلاف الناس فيها قلة وكثرة (والثاني) يصح وبحمل على الوسط المعتاد ،

وإن لم يشترطه لم يستحق حملها في الأصح ، هكذا أفاده النووي والرملي وغيرهما ويقاس على هذا ما ينبغي أن تكون عليه مواجهة السيارات للركوب لانتقال أو ارتحال ، فقد تحددت في زماننا هذا حولة السيارات الركوبية بعدد الركاب وما يجوز حمله بالعرف المطرد من حقائب ، وكذلك السيارات الحولية تحددت حمولتها بالوزن ومقصود الشرع المحافظة على البهيمة من وجهين : حرمة الحياة وحرمة المال .

(فرع) وأما الآلات والعربات ففيها حرمة يجب في الإيجار أن يعرف المحمول وقدره وجنسه ، فإذا كان في أوطيه وأجوله أو صناديقه متجنها وعرف ما فيها ، فإن كانت عارية فلا كلام وإن كانت مظروفة في أكياس أو مغطاة وجب امتحانها ومعرفة جنسها ووزنها .

قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يجوز من ذلك شيء على شيء مغيب لا يجوز حتى يرى الركاب والراكبين ، وظرف الحمل والوطاء وكيف الظل إن شرطه لأن ذلك يختلف فيقتبان أو تكون الحولة بوزن معلوم أو كيل معلوم أو ظرف ترى أو تكون إذا شرطت عرفت مثل غرائر الحلبة وما أشبه هذا . وقال أيضاً : وإذا تكرر الرجل الدابة إلى موضع لجأوزه إلى غيره فعليه كراء الموضع الذي تكارها إليه الكراء الذي تكارها به وعليه من حين تعدى إلى أن ردها كراء مثلها من ذلك الموضع ، وإذا عطبت عليه لزمه الكراء إلى الموضع التي عطبت فيه وقيمتها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن استأجر ظهراً للسقي لم يصح العقد حتى يعرف الظهر ، لأنه لا يجوز إلا على مدة ، وذلك يختلف باختلاف الظهر فوجب العلم به على الأظهر ويجوز أن يعرف ذلك بالتعيين والصفة ، لأنه يضبط بالصفة فجاء أن يعقد عليه بالتعيين والصفة ، كما يجوز بيعه بالتعيين والصفة ، ولا يصح حتى يعرف الدولا ب لأنه يختلف ، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين ، لأنه لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه .

(فصل) وإن استأجر ظهراً للحرث لم يصح حتى يعرف الأرض ، لأنه يختلف ذلك بهـلابة الأرض ورخاوتها ، فإن كان على جربان لم يفتقر إلى العلم بالظهور لأنه لا يختلف ، وإن كان على مدة وقلنا إنه يصح لم يجوز حتى يعرف الظاهر الذي يحترث به ، لأن العمل يختلف باختلافه ، ويعرف ذلك بالتعيين والصفة لما ذكرناه في السقي .

(فصل) وإن استأجر ظهراً للبداس لم يصح حتى يعرف الجنس الذي بداس لأن العمل يختلف باختلافه ، فإن كان على زرع معين لم يفتقر إلى ذكر الحيوان الذي بداس به ، لأنه لا غرض في تعيينه ، فإن كان على مدة لم يصح حتى يعرف الحيوان الذي بداس به ، لأن العمل يختلف باختلافه

(فصل) وإن استأجر جارحةً للصيد لم يصح حتى يعرف جنس الجارحة لأن الصيد يختلف باختلافه ويعرف ذلك بالتعيين والصفة لأنه يضبط بالصفة ولا يصح حتى يعرف ما يرسله عليه من الصيد ، لأن لكل صنف من الصيد تأثيراً في انعاب الجارحة .

(الشرح) يجوز اكتراء الدابة للاستقاء بالغرب - وهو الدلو العظيمه - ونحوه كالدولاب ، فلا بد من معرفته لأنه يختلف بكبره وصغره ، ويقدر بكيله مترياً أو قياسه أو وزنه ، ولا يجوز تقدير ذلك بحوض في الأرض أو حفرة فيها للجمالة ولتسرب الماء في باطن التربة

فإن قدره بعدد المرات احتاج إلى معرفته الموضع الذي يستقي منه والذي يذهب إليه ، لأن ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونه ، وإن قدره بملء شيء معين احتاج إلى معرفته ومعرفته ما يستقي منه ، وهذا ما يقال في الاستقاء .

ولما كانت البهيمة تؤجر للحرث والدراس والطحن غير ما مضى من الحمل والنقل فيقول : إن جواز كراء الدابة للحمل ثابت بالكتاب ، وتحمل أثقالكم إلى بلد لم تسكنوا بالغية إلا بشق الأنفس ،

أما كراء البقر للحرث فقد ثبت بالنص والعرف قال النبي صلى الله عليه وسلم
 «بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت : إني لم أخلق لهذا ، وإنما خلقت
 للحرث ، رواه الشيخان ؛ على أن هذا يحتاج إلى شرطين ، معرفة الأرض وتقدير
 العمل ، فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة لاختلافها صلابة ورخاوة وسعة
 وضيقاً وقد كانت الأرض تقدر مساحتها بالجربان - جمع جريب - وهو ما يبلغ
 ستين ذراعاً مربعاً مهيأ للزرع ولذلك كانوا يقولون فلان يملك ألف جريب
 وألف خريب ويعنون بالخريب غير المهيأ للزراعة ويحتاج إلى إصلاح حتى يكون
 جريباً ، ومن هنا اختلاف كراء الجريب عن الخريب لأن الجريب تكون مستوية
 السطح خالية من الحجارة والحفر بعكس الخريب لذلك وجب رؤيتها لأنها
 لا تعرف إلا بالمشاهدة

وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين إما بالمدة كيوم ويومين وإما بالأرض
 كهذه القطعة ، أو من هذا المكان أو بالمساحة كقصبة أو قصبتين (والقصبة ٣٥٥
 س م .) والفدان ٢٢٢ وثلاث قصبة .

أما الدراس أو الدياس - والدياس جعلوها مصدراً لداس يدوس دوساً
 ودباساً مثل الدراس فمن علماء اللغة من ينكر كون الدياس من كلام العرب ،
 ومنهم من يقول : هو مجاز وكأبه ماخوذ من داس الأرض دوساً إذا شدد وطأه
 عليها بقدمه ، والمدوس الذي تداس به الحنطة - بكسر الميم - لأنه آلة .
 وأما المداس الذي يفتعله الإنسان فإن صح سماعه فقياسه كسر الميم لأنه آلة
 والا فالكسر أيضاً حملاً على النظائر الغالبة من العربية ، ولا أدري وجه صاحب
 القساموس المحيط في جعله زنة سحاب - قلت : أما تأجير البقر للدراس أو غير
 البقر فأشبهه الحرث في معرفة نوع الزرع المراد دياسه وهل بالنورج أم بدونه
 وعلى مدة ومعرفة الحيوان ، لأن الغرض يختلف باختلافه ، فمن الحيوانات
 ما يكون نجس البول والروث فيختلط بالطعام فيحتاج إلى اختياره وتحديد نوعه
 وكذلك إدارة الرعي للطحن يفتقر إلى شيئين ، معرفة الحجر بالمشاهدة ، وإما
 بصفة تعرف بها حالته من الثقل أو الخفة وتقدير العمل إما بالزمان كيوم ويومين
 ونوع المطحون فقد يكون عسير الطحن لصلابته .

(فرع) إذا استأجر جارية للصيد لم يصح حتى يعرف جنسها لأنها إذا كانت الجارية كلباً فلا يصح استئجاره كما صحح ذلك النووي ، وحكى الرملي والشريفي منازعة النووي في هذا ، وقال الأذرعى : المختار قول الغزالي ، يعنى من حيث جواز إجارة الكلب المعلم للصيد .

أما الجوارح الأخرى كالبازي والعقاب والفهد فيجوز استئجارها قولاً واحداً كما يجوز استئجار السنور لصيد الفأر وعلى هذا يصح استئجارها - أعنى الجوارح - من ذمى أو مجوسى ويجزى عليها حكم صيد المسلم بكلب النصراني واليهودى ، إن قلنا بصحة استئجاره فإن صيده جائز .

أما الجوارح الأخرى فإنه يصح استئجارها من يهودى أو نصراني ويصح صيدها قال العبدري : وبه قال الفقهاء كافة . وقال ابن المنذر : وبه قال سعيد بن المسيب والحكم والزهرى ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور وهو أصح الروايتين عن عطاء ومن كرهه جابر بن عبد الله والحسن البصرى وعطاء ومجاهد والنخعى والثورى وإسحاق بن راهويه ، وقال أحمد : كلب النصراني واليهودى عندى أهون من المجوسى والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان استأجر رجلاً ليرعى له مدة لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان : لأن لكل جنس من الماشية تأثيراً فى اتعاب الراعى ، ويجوز أن يعقد على جنس معين وعلى جنس فى الذمه : فإن عقد على موصوف لم يصح حتى يذكر العدد ، لأن العمل يختلف باختلافه ، ومن أصحابنا من قال : يجوز مطلقاً ويحمل على ما جرت به العادة أن يرعاه الواحد من مائه أو أقل أو أكثر ، والاول أظهر لأن ذلك يختلف وليس فيه عرف واحد .

(فصل) وان استأجر امرأة للرضاع لم يصح العقد حتى يعرف الصبي الذى عقد على أرضاعه ، لأنه يختلف الرضاع باختلافه ، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين ، لأنه لا يضبط بالصفة ولا يصح حتى يذكر موضع الرضاع لأن الغرض يختلف باختلافه .

(فصل) وان استأجر رجلا ليحفر له بئراً أو نهراً لم يصح العقد حتى يعرف الارض لان الحفر يختلف باختلافها ولا يصح حتى يذكر الطول والعرض والعمق ، لان الغرض يختلف باختلافها ، وان استأجر ابناً حائط لم يصح العقد حتى يذكر الطول والعرض وما يبني به من الآجر واللبن والجص والطين ، لأن الأغراض تختلف باختلافها ، وان استأجره لضرب اللبن لم يصح حتى يعرف موضع الماء والتراب ، ويذكر الطول والعرض والسلك والعدد ، وعلى هذا جميع الاعمال التي يستأجر عليها .

وان كان فيما يختلف الغرض باختلافه مالا يعرفه ، رجع فيه الى أهل الخبرة ليعتمد على شرطه ، كما اذا أراد أن يعقد النكاح ، ولم يعرف شروط العقد رجع الى من يعرفه ليعقد بشرطه ، وان عجز عن ذلك فوضه الى من يعرفه ليعقد بشرطه كما يوكل الاغنى في البيع والشراء من يشاهد المبيع .

(فصل)

وان استأجر رجلاً ليلقنه سورة من القرآن لم يصح حتى يعرف السورة لان الغرض يختلف باختلافها ، وان كان على تلاوة عشر آيات من القرآن لم يصح حتى يعينها لأن آيات القرآن تختلف ، فإن كان على عشر آيات من سورة معينة ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لأن الاشارة تختلف (والثاني) يصح ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرضت نفسها عليه ، فقال لها : اجلسي بارك الله فيك ، أما نحن فلا حاجة لنا فيك ؛ ولكن تملكيننا أمرك ؟ قالت : نعم ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم في وجوه القوم ، فدعاه رجلاً منهم فقال لها : اني أريد أن أزوجه هذا ان رضيت فقالت : ما رضيت لي يا رسول الله فقد رضيت ، ثم قال للرجل : هل عندك من شيء ؟ قال لا والله يا رسول الله . قال : ما تحفظ من القرآن ؟ قال : سورة البقرة والتي تليها ، قال : قم فملها عشرين آية وهي امرأتك ، وهل يفتقر الى تعيين الحرف ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح حتى يعين الحرف ، لأن الأغراض تختلف باختلاف الحرف (والثاني) لا يحتاج الى تعيين الحرف ، لأن ما بين الأحرف من الاختلاف قليل .

(فصل) وإن استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يذكر أنه لإفراد أو قران أو تمتع ، لأن الأغراض تختلف باختلافها ، فأما موضع الإحرام فقال في الأم لا يجوز حتى يعين وقال في الإملاء : إذا استأجر أجيراً أحرم من الميقات ولم يشرط التعيين ، واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق المروزي : فيه قولان : (أحدهما) لا يجوز حتى يعين ، لأن الإحرام قد يكون من الميقات ، وقد يكون من دويرة أهله ، وقد يكون من غيرهما ، فإذا أطلق صار العقد على مجمول فلم يصح (والثاني) أنه يجوز من غير تعيين ويحمل على ميقات الشرع ، لأن الميقات معلوم بالشرع فانصرف الإطلاق إليه كنقد البلد في البيع

ومن أصحابنا من قال : إن كان الحج عن حي لم يحز حتى يعين لأنه يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه ، وإن كان عن ميت جاز من غير تعيين ، لأنه لا يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه ، وحمل القولين على هذين الحالين . ومنهم من قال : إن كان للبلد ميقتان لم يحز حتى يبين لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر ، فوجب بيانه كالثمن في موضع فيه نقدان . وإن لم يكن له إلا ميقات واحد جاز من غير تعيين ، كالثمن في موضع ليس فيه إلا نقد واحد ، وحمل القولين على هذين الحالين ، فإن ترك التعيين وقلنا إنه لا يصح فحج الأجير ، أنه قد الحج للمستأجر لأنه فعله بإذنه مع فساد العقد فوقع له كالألو وكله وكالة فاسدة في بيع

(الشرح) أوردنا في صدر هذا الباب آية استئجار شعيب لموسى ، وقد روى أحمد والبخاري وابن ماجه أن النبي صلى الله عليه وآله قال : ما بعث الله نبياً إلا رعى الغنم ، فقال أصحابه وأنت ؟ قال نعم . كنت أربطها على قراريط لأهل مكة ، وقال سويد بن سعيد : يعني كل شاة بقيراط .

وقال إبراهيم الحربي : قراريط اسم موضع ، وقد صوب ابن الجوزي وابن ناصر التفسير الذي ذكره إبراهيم الحربي : لكن الذي رجح تفسير ابن سويد أن أهل مكة لا يعرفون مكاناً يقال له : قراريط

وقد روى النسائي من حديث نضر بن حزن قال : افتخر أهل الأبل والغنم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : بعث موسى وهو راعي غنم ، وبعث داود

وهو راعى غنم وبعثت وأنا راعى غنم أهلى بجياد ، وفى الحديث دليل على جواز
الاجارة على رعى الغنم ، ويلحق بها فى الجواز غيرها من الحيوان ، وهل يصح
أن يرعى قطيعا بغير عدد من الغنم ، أو قطيعا بغير عدد من البقر قل أو كثر ؟
قولان (أحدهما) وهو الاصح أن يذكر العدد وأن يكون الاجر مناسبا لقدر
المنفعة والعمل (والثانى) إذا جرى عرف مطرد بأن يرعى القطيع من غير
عدد صح عقده .

(فرع) مذهب الشافعى رضى الله عنه على أنه يجوز استئجار الام لارضاع
ولدها . وقال أبو حنيفة : لا يجوز ما دامت فى النكاح أو العدة اه .
ولا يجوز استئجار امرأة حرة منكوحة لارضاع أو غيره مما يؤدي إلى
خلوة محرمة إلا بإذن زوجها على الاصح ، ويؤخذ من قول الاذرعى أنه يجوز
لها ذلك إذا كان زوجها غائبا فأجرت نفسها لعمل مباح لا خلوة فيه بأجنبي ينقضى
أجله قبل قدومه ، وقد اعترض الغزى على هذا بأن المرأة ومنافعها مستحقة
لزوجها بعقد النكاح . قال الرملى : وهذا الاعتراض ممنوع بأنه لا يستحقها ،
وانما يستحق المنفعة منها وهى متعذرة منه ، ولو اختلفت الزوجة مع زوجها
حول الاذن صدق الزوج ولا كلام .

على أن الاقبس على ظاهر المذهب أنه يصح لها ذلك على حد قول الاذرعى
لأنه لما جاز للزوج أن يستأجر زوجته لارضاع ولده ولو كان منها فإن ذلك يفيد
بمفهومه ملكها المنفعة ، إذا تقرر هذا فهل يجوز أن يستأجر المرضعة بطعامها
وكسوتها ؟ مذهب الشافعى على أن ذلك لا يجوز فى الظاهر ولا فى غيره من أنواع
الاجارات وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر أجيرا بطعامه وكسوته أو
جعل أجرا أو شرط طعامه وكسوته فروى عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك وإسحاق
وروى عن أبي بكر وعمر وأبي موسى أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم
وكسوتهم ، وروى عن أحمد أن ذلك جائز فى الظاهر دون غيره لفوله تعالى
(وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) فأوجب لمن النفقة والكسوة

على الرضاع ، ولم يفرق بين المطلقة وغيرها ، بل في الآية قرينة تدل على طلاقها لأن الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع ، لأن الله تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك) والوارث ليس بزوجة ، ولأن المنفعة في الحضانة والرضاع غير معلومة ، فجاز أن يكون عوضها كذلك .

وروى عنه رواية ثالثة : لا يجوز ذلك بحال ، لا في الظاهر ولا في غيرها . وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر ، لأن ذلك يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً فيكون مجهولاً ، والأجر من شرطه أن يكون معلوماً . إذا ثبت هذا فهل تدخل الحضانة في الرضاع أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا تدخل وهو قول أبي ثور وابن المنذر لأن العقد لم يتناولها (والثاني) تدخل وهو قول أصحاب الرأي ، لأن العرف جار بأن المرضعة تحضن الصبي فحمل الاطلاق على ما جرى به العرف والعادة . ويشترط لعقد الرضاعة أربعة شروط :

١ - أن تكون مدة الرضاع معلومة ، لأنه لا يمكن تقديره إلا بها ، فإن السقي والعمل فيها يختلف .

٢ - معرفة الصبي بالمشاهدة ، لأن الرضاع يختلف باختلاف الصبي في كبره وصغره ونهمته وقناعته .

٣ - موضع الرضاع لأنه يختلف فيشق عليها في بيته ويسهل عليها في بيتها

٤ - معرفة العوض وكونه معلوماً كما سبق

(فرع) إذا استأجر عاملاً يحفر له بئراً وحدد له مكان البئر وسعتهما وأجره ، أو استأجر عاملاً يضرب له لبناً وهياً له الماء والتبن والتراب والمكان الصالح لضرب اللبن ، ثم انهارت البئر أو تلف اللبن بمطر أو داست عليه بهيمة فأتلفته فقد استحق العامل أجره ، ولا ضمان عليه في البئر ولا في اللبن

(فرع) يجوز أن يأخذ الاجرة على تعليم القرآن أو سورة منه مع تعيينها أو قدر منه مع تعيينه وتحديد كماله كما يجوز أن يأخذ الاجرة على تعليم الفقه والحديث ونحوهما إن كان محتاجاً وهو وجه في المذهب ، ولا يصح الاستئجار على القراءة على الموتى لنصه في الام حيث قال : إن القراءة لا تحصل له ،

وقال الشريفي في المفتي : الاجارة للقرآن على القبر مدة معلومة أو قدر معلوماً

جائزة الانتفاع بنزول الرحمة حيث يقرأ القرآن ويكون الميت كالحى الحاضر ، سواء أعقب القرآن بالدعاء أم جعل قراءته له أم لا فتعود منفعة القرآن الى الميت فى ذلك ، ولان الدعاء يلحقه وهو بعدها أقرب الى الاجابة وأكثر بركة ؛ ولانه إذا جعل أجره الحاصل بقراءة الميت فهو دعاء بمحصول الاجر فينتفع به . فقول الشافعى رضى الله عنه أن القراءة لا تحصل له محمول على غير ذلك . وقد أفتى الشهاب الرملى بذلك وأفاده ولده شمس الدين فى نهاية المحتاج

قلت : وقد أجمع أهل العلم على أن القارىء إذا قرأ ابتغاء المال وطلباً للنقود لا سيما فى زماننا الذى عمت فيه حرفة القراءة ؛ وصاروا يتقاولون على القراءة ويتزيدون كما يتزيد المتبذلون من أهل الغناء والفتنة فإنه لا ثواب له وقد يكون مأزورا إنما لأنه لا يبتغى بالقرآن وجه الله ، ولم يقف عند عجائبه فيحرك به قلبه ، وكما يقول أبو حامد الغزالي رحمه الله : الموعظة زكاة نصاب الاتعاظ ومن لا نصاب عنده لا زكاة عليه ، ففاقد الاتعاظ بكتاب الله ليس عنده ما يمنحه غيره من الموعظة

(فرع) قال أصحابنا : أعمال الحج معروفة فاذا علمها المتعاقدان عند الاجارة صحت الاجارة ، وان جهل أحدهما لم تصح بلا خلاف ، ومن صرح به امام الحرمين والبعوى والمتولى ، وهل يشترط تعيين الميعات الذى يحرم منه الاجير ؟ نص الشافعى فى الام ومختصر المزنى أنه يشترط ، ونص فى الاملاء أنه لا يشترط والأصحاب أربع طرق ، أصحابنا وبه قال أبو اسحاق المروزي والا كثرون ، ووافق المصنفون على تصحيحه : فيه قولان أصحابنا لا يشترط ، ويحمل على ميعات تلك البلدة فى العادة الغالبة ، لأن الاجارة تقع على حج شرعى ، والحج الشرعى له ميعات معقود شرعا وغيرها فانصرف الاطلاق اليه ، ولانه لا فرق بين ما يقرره المتعاقدان وما تقرر فى الشرع أو العرف ، كما لو باع بثمان مطلق فإنه يحمل على ما تقرر فى العرف ، وهو النقد الغالب ويكون كما لو قرراه .

ومن نص على تصحيح هذا القول الشيخ أبو حامد فى تعليقه والمحاملى والبندنجى والرافعى وآخرون . والثانى : يشترط لان الاحرام قد يكون من الميعات وفوقه ودونه ، والغرض يختلف بذلك فوجب بيانه

والطريق الثاني : إن كان للبلد طريقان مختلفان إلى الميقات أو طريق يفضى إلى ميقاتين اشترط بيانه وإلا فلا .

والطريق الثالث : إن كان الاستئجار عن حي اشترط ، وإن كان عن ميت فلا لأنه قد يتعلق للحي غرض فيه وهذا الطريق هو الذى حكاه المصنف هنا وحكاه الشيخ أبو حامد والمحاملى وسائر العراقيين ، وضعفه الشيخ أبو حامد الاسفرايينى وآخرون ، وهذا الذى قبله ليس بشئ عندهم ونقله إمام الحرمين .

والطريق الرابع : ما حكاه الدارمى من أنه يشترط قولاً واحداً ، وعلى هذا إن شرطاه فأهمله فسدت الاجارة ، لكن يصح الحج عن المستأجر وعليه اجرة المثل ، أما تعيين زمان الإحرام فليس بشرط بلا خلاف .

قالوا : وإن كانت الإجارة للحج والعمرة اشترط بلا خلاف بيان أنها أفراد أو تمتع أو قرآن لاختلاف الغرض بذلك ، هذا وقد نقل المزنى أن الشافعى نص فى المنشور أنه إذا قال المعضوب : من حج عني فله مائة درهم فحج عنه انسان استحق المائة ، قال المزنى : ينبغي أن يستحق اجرة المثل ، لأن هذا اجارة فلا يصح من غير تعيين الأجر ، هذا كلام الشافعى والمزنى ، وقد ذكر المصنف المسألة فى باب الجمالة ، وللاصحاب فيها ثلاثة أوجه (أحدها) صحة الحج عن المستأجر واستحقاق الأجير اجرة المثل ، لأنه جمالة وليس بإجارة والجمالة تجوز على عمل مجهول فوقوعها عن معلوم أولى ، هذا وبقية ما يتعلق بالإجارة عن الحج من أفراد أجير أو تعدد أجراء أو حصول الاجارة بمكة أو غيرها مفصل مبسوط فى كتاب الحج من المجموع فاشدد به يدبك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تصح الاجارة الا على اجرة معلومة لأنه عقد يقصد به العوض ، فلم يصح من غير ذكر العوض كالبيع ، ويجوز اجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها : لأن المنافع فى الاجارة كالأعيان فى البيع ، ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع .

(فصل) ولا تجوز الا بعوض معلوم لما روى أبو سعيد الخدرى (رضى)

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من استأجر أجيراً فليعلمه أجره ، ولأنه عقد معاوضة فلم يجوز بعوض مجهول كالبيع ، وإن عقد بمال جزاف نظرت ، فإن كان العقد على منفعة في الذمة ففيه قولان ، لأن اجارة المنفعة في الذمة كالسلم ، وفي السلم على مال جزاف قولان ، فكذلك في الاجارة ، فإن كان العقد على منفعة معينة ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال يجوز قولاً واحداً ، لأن اجارة العين كبيع العين ، وفي بيع العين يجوز أن يكون العوض جزافاً قولاً واحداً ، فكذلك في الاجارة ، ومنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) يجوز (والثاني) لا يجوز ، لأنه عقد على منتظر ، وربما انفسخ فيحتاج الى الرجوع الى العوض ، فكان في عوضه جزافاً قولان كالسلم .

وإن كانت الاجارة على منفعة معينة جاز بأجرة حاله ومؤجله ، لأن اجارة العين كبيع العين ، وبيع العين يصح بشئ حال ومؤجل . فكذلك الاجارة ؛ فإن أطلق العقد وجبت الاجارة بالعقد ، ويجب تسليمها بتسليم العين ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعطوا الاجير أجره قبل أن يحفر رشحه .

ولأن الاجارة كالبيع ثم في البيع يجب الثمن بنفس العقد ويجب تسليمه بتسليم العين ، فكذلك في الاجارة ، فإن استوفى المنفعة استقرت الاجارة لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : قال ربكم عز وجل : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، ومن كنت خصمه خصمته ، رجل أعطى بي ثم غدر ، ورجل باع حراً فأكلف ثمنه ، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره ولأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البذل كما لو قبض المبيع ، فإن سلم اليه العين التي وقع العقد على منفعتها ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء استقر البذل لأن المعقود عليه تلفت تحت يده فاستقر عليه البذل كالبيع إذا تلف في يد المشتري فإن عرض العين على المستأجر ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء استقرت الاجارة لأن المنافع تلفت باختياره فاستقر عليه ضمانها كالمشتري إذا تلف المبيع في يد البائع .

فإن كان هذا في اجارة فاسدة استقر عليه اجرة المثل ، لأن الاجارة كالبيع

والمنفعة كالعين ، ثم البيع الفاسد كالصحيح في استقرار البدل ، فكذلك في الإجارة فإن كان العقد على منفعة في الذمة لم يجوز بأجرة مؤجلة ، لأن إجارة ما في الذمة كالسلم ، ولا يجوز السلم بثمن مؤجل ، فكذلك الإجارة ، ولا يجوز حتى يقبض العوض في المجلس كما لا يجوز في السلم ، ومن أصحابنا من قال : إن كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض في المجلس لأنه سلم ، وإن كان بلفظ الإجارة لم يجب لأنه إجارة والأول أظهر ، لأن الحكيم يتبع المعنى لا الاسم . ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه ، ولا تستقر الأجرة في هذه الإجارة إلا باستيفاء المنفعة ، لأن المعقود عليه في الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه .

(الشرح) حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه رواه أحمد ولفظه : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره ، وعن النجش واللمس والقاء الحجر ، قال في مجمع الزوائد : رجال أحد رجال الصحيح إلا أن إبراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد فيها أحسب . وأخرجه أيضاً البيهقي وعبد الرزاق وإسحاق بن راهويه وأبو داود في المراسيل ، والنسائي في الزراعة غير مرفوع ، ولفظ بعضهم : من استأجر أجيراً فليسهم له أجرته ، وفي هذا الحديث دليل على وجوب بيان قدر الأجرة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال مالك وأحمد بن حنبل وابن شبرمة : لا يجب للعرف واستحسان المسلمين ، قال صاحب البحر : لا نسلم بل الإجماع على خلافه اهـ . ويؤيد قول المذهب القياس على ثمن المبيع .

أما حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يقول الله تعالى : ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ، الحديث ، فقد أخرجه أحمد والبخاري ، وأخرجه أيضاً البزار وفي أسناد البزار هشام بن زياد (أبو المقدام) وهو ضعيف قال ابن التين : هو سبحانه خصم لجميع الظالمين إلا أنه أراد التشديد على هؤلاء بالنصرح ، والخصم يطلق على الواحد والاثنين وعلى أكثر من ذلك .

وقال الهروي : الواحد بكسر أوله ، قال الفراء في إطلاق الخصم على الواحد فأكثر هو قول الفصحاء ، ويجوز في الاثنین خصماً ، قلت : استعمل القرآن

في الاثنين خصمان في قوله تعالى : خصمان بغى بعضنا على بعض ، وهو أبلغ استعمال وأفصح . قوله : من كنت خصمه خصمته ، هذه الزيادة ليست في صحيح البخاري ولكنه أخرجهما أحمد وابن حبان وابن خزيمة والاسماعيلي ، قوله : باع حراً وأكل ثمنه ، في رواية لأبي داود ، ورجل اعتبد محرره ، وهو أعم في الفعل وأخص في المفعول .

قال الخطابي : اعتباد الحر يقع بأمرين ، أن يعتقه ثم يكتم ذلك أو يجعده ، والثاني أن يستخدمه كرها بعد العتق ، والاول أشدهما . قال في الفتح : الاول أشد لأن فيه مع كتم الفعل أو جعده العمل بمقتضى ذلك من البيع وأكل الثمن فمن ثم كان الوعيد عليه أشد .

وفي قضاء الأجر عند توفية العمل خلاف بين العلماء فعند أبي حنيفة وأصحابه إنما تملك بالمقد فتبيعها أحكام الملك ، وعند الشافعي وأصحابه أنها تستحق بالعقد وهذا في الصحيحة ، وأما الفاسدة فقال في البحر : لا تجب بالعقد إجماعاً وتجب بالاستيفاء إجماعاً .

والاجارة أصول في أنفسها تتنوع على وجهها ، وهي كالبيوع سواء بسواء ، قال الشافعي رضي الله عنه : البيوع الصحيحة صنفان بيع عين يراها المشتري والبائع ، وبيع صفة مضمونة على البائع ، وبيع ثالث وهو الرجل يبيع السلعة بعينها غائبة عن البائع والمشتري ، غير مضمونة على البائع إن سلمت السلعة حتى يراها المشتري كان فيها بالخيار باعه إياها على صفة وكانت على تلك الصفة التي باعه إياها ، أو مخالفة لتلك الصفة ، لأن بيع الصفات التي تلزم المشتري ما كان مضموناً على صاحبه ، ولا يتم البيع في هذا حتى يرى المشتري السلعة فيرضاهما ويتفرقان بعد البيع من مقامهما الذي رآه فيه ، فحينئذ يتم البيع ويجب عليه الثمن كما يجب عليه الثمن في سلعة حاضرة اشتراها حتى يتفرقا بعد البيع عن تراض ولا يجوز أن تباع هذه السلعة بعينها إلى أجل من الأجل قريب ولا بعيد من قبل أنه إنما يلزم بالأجل ويجوز فيما حل لصاحبه ، وأخذه مشتريه ولزمه بكل وجه اهـ .

ونقل السبكي في فتاويه عن القفال قوله : أما الاجارة على الذمة فيثبت فيها خيار المجلس لا محالة بناء على أنها ملحقه بالسلم حتى يجب فيها قبض البدل في المجلس

وقال : أما الرجل يؤاجر نفسه فالاجارة تجوز معيناً ، وفي الذمة ، فإن أجره معيناً فلا بد أن تكون المنفعة معلومة بأحد أمرين بتقدير العمل أو المدة ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما عقد من الاجارة على منفعة موصوفة في الذمة يجوز حالا ومؤجلاً في الذمة كالسلم ، والسلم يجوز حالا ومؤجلاً ، فكذلك الاجارة في الذمة وإن استاجر منفعة في الذمة وأطلق وجبت المنفعة حالة ، كما إذا أسلم في شيء وأطلق وجب حالا ، فإن استاجر رجلاً للحج في الذمة أرمه الحج من سنته ، فإن أخره عن السنة نظرت ، فإن كانت الاجارة عن حن كان له أن يفسخ ، لأن حقه تأخر ، وله في الفسخ فائدة ، وهو أن يتصرف في الاجرة ، فإن كانت عن مبيع لم يفسخ ، لأنه لا يمكن التصرف في الاجرة إذا فسخ العقد ، ولا بد من استئجار غيره في السنة الثانية ، فلم يكن للفسخ وجه ، وما عقد على منفعة معينة لا يجوز إلا حالا ، فإن كان على مدة لم يحز إلا على مدة يتصل ابتداءها بالعقد ، وإن كان على عمل معين لم يحز إلا في الوقت الذي يمكن الشروع في العمل لأن إجارة العين كبيع العين وبيع العين لا يجوز إلا على ما يمكن الشروع في قبضها فكذلك الاجارة فإن استاجر من يحز لم يحز إلا في الوقت الذي يتمكن فيه من التوجه ، فإن كان في موضع قريب لم يحز قبل أشهر الحج ، لأنه يتأخر استيفاء المعقود عليه عن حال العقد ، وإن كان في موضع بعيد لا يدرك الحج إلا أن يسير قبل أشهره لم يستاجر إلا في الوقت الذي يتوجه بعده لأنه وقت الشروع في الاستيفاء ،

فإن قال أجرتك : هذه الدار شهراً لم يصح ؛ لأنه ترك تعيين المعقود عليه في عقد شرط فيه التعيين ، فبطل كالمثل قال : بعثك عبداً ، فإن أجر داراً من رجل شهراً من وقت العقد ثم أجرها منه الشهر الذي بعده قبل انقضاء الشهر الأول ، ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يصح ، لأنه اجارة منفعة معينة على مدة متأخرة عن العقد ، فاشبه إذا أجرها من غيره .

(والثاني) أنه يصح ، وهو المنصوص ، لأنه ليس لغيره يد تحول بينه وبين ما استأجره ؛ ولأن أحد شهرته لا ينفصل عن الآخر ، فأشبهه إذا جمع بينهما في العقد .

(الشرح) قال المحامي في المجموع : لا يجوز أن يستأجره في إجارة العين إلا في الوقت الذي يتمكن فيه . وقال النووي : إن كان في موضع قريب لم يجوز استئجاره قبل أشهر الحج ؛ وإن كان في موضع بعيد لم يستأجره إلا في الوقت الذي يتوجه بعده لأنه وقت الشروع في الاستيفاء . وقال أبو الطيب لا يمكن إجارة إلا في وقت يمكن العمل فيه أو يحتاج فيه إلى السبب . اهـ

ومن هنا إذا لم يشرع في الحج في السنة الأولى لعذر أو غير عذر ، فإن كانت الإجارة على العين انفسخت لفوات موضوع العقد قولا واحداً ، وإن كانت في الذمة ، فإن لم تتعين السنة فهو كتعيين السنة الأولى ، وعند بعض أصحابنا يجوز التأخر عن السنة الأولى أو يثبت الخيار للمستأجر ، وإن عينا السنة وتأخر عنها فطريقان أصحهما :

على قولين قالوا انقطع المسلم فيه عند حلول الأجل (أ) لا يفسخ العقد وهو الاظهر (ب) يفسخ قولا واحداً ، وهو مقتضى كلام المصنف هنا .

وإن كان الاستئجار عن ميت فلا خيار للمستأجر ، وهذا هو رأى المصنف وأصحابنا العراقيين ، وقد قال إمام الحرمين : وفيما ذكره نظر لأنه لا يمنع أن يثبت للورثة الخيار ويستردون الأجرة بالفسخ ، وهذا استدراك على المصنف يجعل للورثة الحق في أن يبذلوا الأجرة لأجير آخر ، وهذا أجدر بحصول المقصود وقد تابع الغزالي شيخه على هذا .

وقال البغوي وآخرون بوجوب مراعاة الولى المصلحة في ذلك ، فإن رأى الفسخ لخوف إفلاس الاجير أو هربه وإلا تركه وضمن ، وصحح الرافعي هذا وحمل الرافعي قول المصنف وأصحابه من العراقيين على أن الميت قد أوصى بأن يحج عنه فلان فتكون الوصية مستحقة للصرف اليه .

وقال أبو إسحاق المروزي : للمستأجر أن يرفع الامر الى القاضي لفسخ العقد

إن كانت المصلحة تقتضيه . قال الرافعي : فإن نزل ما ذكره على المعنى الأول ارتفع الخلاف ، وإن نزل على الثاني هان أمره .

قوله « لأنه اجارة منفعة معينة على مدة متأخرة » قال النووي في المنهاج : ولا تجوز اجارة عين لمنفعة مستقبلية . اهـ

وذلك كاجارة هذه الدار السنة المستقبلية أو سنة أولها من غد ، وكذا إن قال أولها من أمس ، وكاجارة أرض مزروعة لا يمكن تفريغها إلا بعد مدة لما لها أجرة ، وذلك كما لو باعه عينا على أن يسلمها له بعد ساعة بخلاف اجارة الذمة كما مر ، ولو قال - وقد عقد آخر النهار : أولها يوم تاريخه لم يضر لأن القرينة ظاهرة في أن المراد باليوم الوقت أو في التعبير باليوم عن بعضه ، ويستثنى من المنع في المستقبلية صور ، كما لو أجره ليلا ليعمل نهاراً . وهذا عرف شائع في ديارنا إبان الحصاد وجنى القطن ونقاوة الدودة وشتل الأرض وتعفير الطماطم بالكبريت قبل جفاف الندى .

ومثله اجارة دار بغير بلد المتعاقدين ، كمن يستأجر عشة برأس البر ليصطاف فيها فأجرها قبل الصيف لأن استيفاء العقد لا يكون إلا صيفاً ؛ وإذا لم يؤجرها قاته الانتفاع بمقصوده . فلو أجر الشهر الثاني لمستأجر الشهر الأول أو السنة الثانية لمستأجر السنة الأولى قبل انقضائها جاز في الأصح لاتصال المديتين مع اتحاد المستأجر ، كما لو أجر منه السنتين في عقد ، ولا نظر إلى احتمال انفساخ العقد الأول لأن الأصل عدمه ، فإن وجد ذلك لم يقدر في الثاني .

(فرع) في جواز الوارث ما أجره الميت من المستأجر تردد . أفاد شمس الدين الرملي أن الأقرب منه الجواز لأنه نائبه .

وقال الزركشي : أنه الظاهر ، وهذا إذا لم يحصل فصل بين السنين ، والا فلا يصح ، وهذا يشمل المطلق والوقف ، نعم لو شرط الواقف أن لا يؤجر الوقف أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ثلاثاً في عقد وثلاثاً في عقد آخر قبل مضي المدة فالمعتمد كما أفتى به ابن الصلاح ووافقه السبكي والأذرعى وغيرهما عدم صحة العقد الثاني . وإن قلنا بصحة اجارة الزمان القابل من المستأجر اتباطاً بشرط الواقف ، لأن المديتين المتصلتين في العقدين في معنى العقد الواحد . وهذا يعني

يقضى المنع في هذه الصورة لوقوعه زائداً على ما شرطه الواقف ، وإن خالفه ابن الاستاذ وقال : ينبغي أن يصح نظراً الى ظاهر اللفظ .

(فرع) مذهبنا أنه لا تصح اجارة المسلم للجهاد في سبيل الله لحرب أعداء الدين ، لأن الجهاد فرض عليه ما دام مستطيعاً ، ولأنه إذا حضر الصف تعين عليه القتال فريضة ، ويصح الإمام أن يستأجر غير المسلمين لقتال غير المسلمين من الكفار . ولا يصح استئجار المسلم لعبادة تحتاج الى نية الا الحج وتفرقة الزكاة أو تعليم قرآن ، وتصح الاجارة لتجهيز ميت ودفنه ، وتصح الاجارة للصوم عن الميت ، وتصح لذبح الهدى والأضاحى ونحوها . ويصح الاستئجار لشمار غير فرض كالاذان .

قال الشريفي في المغنى : ولا يصح الاستئجار للإمامة ولو نافلة كالنراويح لأن فائدها من تحصيل فضيلة الجماعة لا تحصل للمستأجر بل للأجير ، ويصح استئجار بيت ليتخذ مصلًى ، وصورته كما قال صاحب الانتصار أن يستأجره للصلاة ، أما إذا استأجره ليجعله مسجداً فلا يصح بلا خلاف ، ولا يصح الاستئجار لزيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم . قال الرملي وغيره : فزيارة قبر غيره أولى . هكذا أفاده الخطيب الشريفي وشمس الدين الرملي والشبرايمسى في شروحه لمنهاج النووي ، وعزا الرملي الى الماوردى هذا ووافقه عليه . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن أكرى ظهراً من رجلين يتعاقبان عليه أو أكرى من رجل عقبة ليركب في بعض الطريق دون بعض جاز . وقال المازنى : لا يجوز اكتراء العقبة الا مضمونا لأنه يتأخر حق أحدهما عن العقد فلم يجوز ، كما لو أكراه ظهراً في مدة تتأخر عن العقد ، والمذهب الاول ، لأن استحقاق الاستيفاء مقارن للعقد ، وإنما يتأخر في القسمة وذلك لا يمنع صحة العقد ، كما لو باع من رجلين صبرة فانه يصح ، وإن تأخر حق أحدهما عند القسمة ، فإن كان ذلك في طريق فيه عادة في الركوب والنزول ، جاز العقد عليه مطلقاً ، وحمل في الركوب والنزول على العادة لأنه معلوم بالعادة : لحمل الاطلاق عليه كالنقد المعروف

في البيع ، وإن لم يكن فيه عادة لم يصح حتى يبين مقدار ما يركب كل واحد منهما لأنه غير معلوم بالعادة ، فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه ، فإن اختلفا في البادىء في الركوب أقرع بينهما ، فمن خرجت عليه القرعة قدم لأنها تساويها في الملك فقدم بالقرعة .

(الشرح) التعاقب التناوب ، فينزل هذا نوبة وهذا نوبة . وفي الحديث : يتعاقبون فيكم ملائكة بالليل وملائكة بالنهار ، والعقب يضم العين جمع عقبة ، أى نوبة

قال الشافعى رضى الله عنه : فإن تكارى منه لعبده عقبة فأراد أن يركب الليل دون النهار بالأميال ، أو النهار دون الليل ، أو أراد ذلك به الجمال فلبس ذلك لواحد منهما ، ويركب على ما يعرف الناس العقبة ، ثم ينزل فيمشى بقدر ما يركب ، ثم يركب بقدر ما مشى ، ولا يتابع المشى فيفدحه ولا الركوب فيضر بالبعير اهـ . ويفهم من كلامه أن المقصد من عقد الاجارة تحقيق المنفعة المستأجر وعدم المضارة بالبهيم لحرمته .

قال النووي رضى الله عنه : ويجوز كراء العقب في الاصح ، وبيان ذلك أن يؤجر دابة رجلا ليركبها بعض الطريق ويمشى بعضها أو يركبها المالك تناوباً أو يؤجرها رجلين ليركب ذا أياماً وذا أياماً كذلك تناوباً ، أو يقول : آجرتك نصفها لمكان كذا أو كلها لتركبها نصف الطريق فيصح كبيع المشاع ، ويبين البعضين في صورتين كنصف أو ربع ما لم يكن ثم عادة معروفة مضبوطة بالزمان أو المسافة ثم يقتسمان بالتراضى ، فإذا تنازعا أيهما يبدأ أقرع بينهما ، لأنها يمكن المنفعة معاً ، ويفتقر التأخير الواقع اضرورة القسمة .

نعم شرط الصحة في الاولى تقدم ركوب المستأجر ، وإلا بطلت لتعلقها حينئذ بزمان مستقبل ، ومقابل الاصح في قول النووي أوجه أصحها المنع لأنها اجارة أزمان متقطعة . وفي الروضة أنه ليس لأحدهما أن يطلب المشى ثلاثاً والركوب ثلاثاً المشقة . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما عقد من الاجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار ، لأن الخيار يمنع من التصرف ، فان حسب ذلك على المـكـرى زدنا عليه المدة ، وإن حسب على المـكـتـرى نقصنا من المدة وهل يثبت فيه خيار المجلس ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يثبت لما ذكرناه من النقصان والزيادة في خيار الشرط .

(والثاني) يثبت لانه قدر يسير ، ولكل واحد منهما إسقاطه ، وإن كانت الاجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يثبت فيه الخياران ، لانه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار (والثاني) يثبت فيه الخياران ، لان المنفعة المعينه كالعين المعينه في البيع ، ثم العين المعينه يثبت فيها الخياران فكذلك المنفعة (والثالث) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لانه عقد على منتظر فيثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالسلم .

وإن كانت الاجارة على منفعة في الذمه ففيه وجهان (أحدهما) لا يثبت فيه الخياران ، لانه عقد على غرر فلا يضاف اليه غرر الخيار (والثاني) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لان الاجارة في الذمه كالسلم ؛ وفي السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط ، فكذلك في الاجارة .

(فصل) وإذا تم العقد لزم ولم يملك واحد منهما أن ينفرد بفسخه من غير عيب لان الاجارة كالبيع ، ثم البيع اذا تم لزم فكذلك الاجارة والله التوفيق

(الشرح) مذهبنا أنه لا خيار بعد لزوم العقد . وقال أبو حنيفة : يجوز المستأجر فسخ الاجارة بالاعذار الظاهرة مع السلامة من العيوب ، ولا يجوز الوؤجر أن يفسخ بالاعذار ، مثل أن يستأجر دارا ليسكنها ثم يريد النقلة عن البلد أو يستأجر حرزا للمناعة ثم يريد بيعه ، أو يستأجر من يطحن له برا ثم يريد بذره . الى ما أشبه ذلك من الاعذار ، فيجعل له بها فسخ الاجارة للعذر . ألا ترى أن من استؤجر لقلع فدانين من الحطب جاز للمستأجر فسخ الاجارة للعذر الطارئ . ولم يجبر على قلع فدانيه ، وكذا كل عذر .

ودليلنا على أبي حنيفة قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ، فكان
عموم هذا الأمر بوجوب الوفاء بكل عقد مالم يتم دليل بتخصيصه ، ولأن كل عقد
لزم العاقدين مع سلامة الأحوال لزمها مالم يحدث بالوَضِيعِ نقص كالبيع ، ولأن
كل عقد لزم العاقد عند ارتجاع العذر لم يحدث له خیار بحديث عذر كالزوج ،
ولأن كل سبب لا يملك المؤجر الفسخ لم يملك المستأجر به الفسخ كالأجرة
لا يكون حدوث الزيادة فيها موجباً لفسخ المؤجر كما لم يكن حدوث النقصان فيها
موجباً لفسخ المستأجر ؛ لأن نقصانها في حق المستأجر كزيادتها في حق المؤجر
ولأنه عقد إجارة فلم يجوز فسخه بعذر كالمؤجر ، ولأن العقود نوعان ؛ لازمة فلا
يجوز فسخها بعذر كالبيع ، وغير لازمة فيجوز فسخها بغير عذر كالأقراض .

فلما لم يكن عقد الإجارة ملحقاً بغير اللازم في جواز فسخه بغير عذر وجب
أن يكون ملحقاً باللازم في إبطال فسخه بعذر .

فأما الجواب عن قياسه على الوكالة فهو أن الوكالة غير لازمة يجوز فسخها
بعذر وغير عذر ، وليس كذلك الإجارة ، وأما استدلاله بأن الأعذار تأثيراً في
عقود الإجازات كالضرس المستأجر على قلعه إذا برىء ، فالجواب عنه هو أن
من ملك منفعة بعقد إجارة فقد استحقها ، وليس يجب عليه استيفائها ، ألا ترى
أن من استأجر سكنى دار فله أن يسكنها ، ولا يجبر على سكنها ، فإن ممكن من
سكنها فلم يسكن فعليه الإجارة .

هذا أصل مقرر في الإجارة ؛ وإذا كان كذلك — فإن كان الضرس على حال
مرضه وألمه — فقلعه مباح ، والمستأجر أن يأخذ الأجير بقلعه إن شاء ، فإن
أبي المستأجر أن يقلعه مع ألمه لم يجبر عليه . وقيل له : قد بذل لك الأجير القلع
وأنت تمتنع ، فإذا مضت مدة يمكن فيها قلعه فقد استحق أجرته كما لو مضت مدة
السكنى ، وإن برىء الضرس في الحال قبل إمكان القلع بطلت الإجارة ، لأن
قلعه قد حرم ، وعقد الإجارة إنما يتناول مباحاً لا محظوراً ، فصار محل العمل
معدوماً ، فلذلك بطلت الإجارة كما لو استأجر لحياطة ثوب فلف ، إذ لا فرق
بين تعذر العمل بالتلف وبين تعذره بالخطر .

فإذا تقرر أن عقد الاجارة من العقود اللازمة ، وأن فسخه بالعذر غير جائز فلا يجوز اشتراط الثلاث فيه ، وقال أبو حنيفة : يجوز اشتراط الخيار فيه كما يجوز في البيع لانهما معاً من عقود المعاوضات .

ودليلنا : هو أن ما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح ولأن اشتراط الثلاثة يتضمن إتلاف بعض العقود عليه فيها ليس متابع للمعقود عليه مع بقاء العقد في جميعه فلم يصح ، كما لو شرط في ابتياع جوادين أنه إن تلف أحدهما في يد البائع لم يبطل البيع . ولأن المعقود إذا لم يبق جميعه في مدة الخيار لم يصح اشتراط الخيار قياساً على بيع الطعام الرطب .

فإذا صح أن خيار الشرط لا يدخله فقد اختلف أصحابنا هل يدخله خيار المجلس أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) يدخله كالبيع لكونهما عقدي معاوضة . فعلى هذا إن أخرها المؤجر من غير المستأجر في خيار المجلس صححت الاجارة الثانية وكان ذلك فسخاً للاجارة الاولى . هكذا أفاده الماوردي .

وقال بعض أصحابنا : تفسخ الاجارة الاولى ولا تصح الاجارة الثانية لتقدم الفسخ . لأنه لا يصير الفعل الواحد فسخاً وعقداً لتنافيها . ولهذا القول وجه فإن كان المذهب هو أن استقرار العقد الثاني يوجب فسخ العقد الاول بالتأهب الثاني . وعلى هذا الوجه لو أخره المستأجر كانت إجارته باطلة سواء قبضه أو لم يقبضه . لأن خيار المؤجر يمنع من إمضاء المستأجر . وعلى هذا الوجه لو افترقا عن تراض لم يكن للمستأجر أن يؤجر قبل قبضه كما ليس للمشتري بيع ما لم يقبضه (والوجه الثاني) أن خيار المجلس لا يدخله . ويصير العقد بالبذل والقبول لازماً . لأن خيار المجلس يفوت بعض المدة فأشبهه خيار الشرط . فعلى هذا لو أجره المؤجر قبل الافتراق أو بعده لم يجوز . ولو أجره المستأجر . فإن كان بعد القبض جاز . وإن كان قبله ؟ فعلى وجهين .

(أحدهما) يجوز لمفارقة البيع في الخيار ففارقته في القبض .

(والوجه الثاني) لا يجوز لكون المنفعة مضمونه على المستأجر فأشبهه ضمان

المبيع على البائع وإن فارق البيع في حكم الخيار وهذان الوجهان في إجارة ما لم يقبض مبيعاً على اختلاف أصحابنا في عقد الإجارة هل تناول الدار المؤجرة لاستيفاء المنفعة منها أو تناول المنفعة ؟ فقال أبو إسحاق المروزي : عقد الإجارة إنما تناول الدار الموجودة ، لأن المنافع غير مخلوقة ، فعلى هذا يمنع من إيجارتها قبل القبض كما يمنع من البيع .

(والوجه الثاني) وهو الأكثر من أصحابنا أن العقد إنما تناول المنفعة دون الرقبة لأن العوض في مقابلتها ، ولا يصح أن يتوجه العقد إلى ما لم يقابله العوض ونصير المانع بتسليم الرقبة مقبوضة حكماً ؛ وإن لم يكن القبض مستقراً إلا بمضي المدة ، فعلى هذا تجوز إيجارتها قبل قبضها .

وقال الفروى : لا تنفسخ الإجارة بعذر كتعذر وقود حمام وسفر ومرض مستأجر دابة لسفر ، ولو استأجر أرضاً لزراعه فزرع فهلك الزرع بجائحه فليس له الفسخ ، ولا حط شيء من الأجرة ، وتنفسخ بموت الدابة والأجير المعينين في المستقبل لا الماطى في الأظهر ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يلزم المنتكاريين وما يجوز لهما

يجب على المكري ما يحتاج إليه المتكري للتمكين من الانتفاع كمفتاح الدار وزمام الجمل والبرة التي في أنفه والحزام والفتب والمرج والمجام للفرس لأن التمكن عليه ولا يحصل التمكن إلا بذلك ، فإن تلف شيء منه في يد المكري لم يضمه كما لا يضم من العين المستأجرة وعلى المكري بدله لأن التمكن مستحق عليه إلى أن يستوفي المستأجر المنفعة وما يحتاج إليه لكمال الانتفاع كالدلو والحبل والمحمل والغطاء فهو على المكري ، لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع ، واختلف أصحابنا فيما يشد به أحد المحملين إلى الآخر ، فمنهم من قال : هو على المكري لأنه من آلة التمكن ، فكان على المكري ؛ ومنهم من قال : هو على المتكري لأنه بمنزلة تأليف المحمل وضم بعضه إلى بعض .

(فصل) وعلى المكري إشالة المحمل وحطه وسوق الظهر وقوده ، لأن العادة أنه يتولاه المكري فحمل العقد عليه ، وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض لأنه لا يمكن ذلك على الظهر ، ولا يجب ذلك للأكل وصلاة النفل ، لأنه يمكن فعله على الظهر وعليه أن يترك الحمل للرأة والمريض والشيخ الضعيف ، لأن ذلك من مقتضى التمكين من الانتفاع ، فكان عليه فاما أجرة الدليل فينظر فيه فإن كانت الإجارة على تحصيل الراكب فهو على المكري لأن ذلك من مؤن التحصيل ، وإن كانت الإجارة على ظهر بعينه فهو على المكثري لأن الذي يجب على المكري تسليم الظهر وقد فعل ، وعلى المكري تسليم الدار فارغة الحش ، لأنه من مقتضى التمكين ، فإن امتلأ في يد المكثري ففي كسحه وجهان :

(أحدهما) أنه على المكري لأنه من مقتضى التمكين فكان عليه
(والثاني) أنه على المكثري لأنه حصل بفعله فكان تنقيته عليه كتطهير الدار من القمامة وعلى المكري إصلاح ما تدم من الدار وإبدال ما تكسر من الخشب ، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه .
واختلف أصحابنا في المستأجرة على الرضاع هل يلزمها الحضانة وغسل الحرق ؟ فمنهم من قال يلزمها لأن الحضانة تابعة للرضاع ، فاستحققت بالعقد على الرضاع ومنهم من قال لا يلزمها لأنهما منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الأخرى فلا تلزم بالعقد على إحداهما الأخرى وعليها أن تأكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به ، وللمستأجر أن يطالبهم بذلك لأنه من مقتضى التمكين من الرضاع ، وفي تركه إضرار بالصبي

(فصل) وعلى المكري علف الظهر وسقيه لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه ، فإن هرب الجمل وترك الجمل فللمستأجر أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليحكم في مال الجمل بالعلف لأن ذلك مستحق عليه لحاز أن يتوصل بالحكم إليه فإن أنفق المستأجر ولم يستأذن الحاكم لم يرجع لأنه متطوع ، وإن رفع الأمر الحاكم ولم يكن للجمل مال اقترض عليه ، فإن اقترض من المستأجر وقبضه منه

ثم دفعه اليه لينفق جاز ، وان لم يقبض منه وانكته اذن له في الإنفاق عايبها فرضا على الجمال ففيه قولان .

(أحدهما) لا يجوز لانه اذا أنفق احتجنا أن يقبل قوله في استحقاق حق له على غيره (والثاني) يجوز لانه موضع ضرورة ، لانه لا بد للجمال من علف وليس ههنا من يتفق غيره ، فإن اذن له وأنفق ثم اختلفا في قدر ما أنفق فان كان ما يدعيه زيادة على المعروف لم يلتفت اليه لانه ان كان كاذباً فلا حق له وان كان صادقا فهو متطوع بالزيادة فلم تصح الدعوى ، وإن كان ما يدعيه هو المعروف فالقول قوله لانه مؤتمن في الإنفاق فقبل قوله فيه ، فان لم يكن حاكم فأنفق ولم يشهد لم يرجع لانه متطوع ، وإن أشهد فهل يرجع ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يرجع لانه يثبت حقا لنفسه على غيره من غير اذن ولا حاكم . (والثاني) يرجع لانه حق على غائب تعذر استيفاءه منه لجاز أن يتوصل اليه بنفسه ، كما لو كان له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ؛ فان لم يجد من يشهد أنفق . وفي الرجوع وجهان (أحدهما) لا يرجع ، لما ذكرناه فيه إذا أشهد ؛ (والثاني) يرجع ، لان ترك الجمال مع العلم أنه لا بد لها من العلف اذن في الإنفاق .

(الشرح) قوله دبرة ، محذوفة اللام ، هي حلقة تجعل في أنف البعير تكون من النحاس ونحوه ؛ وأبريت البعير جعلت له برة ، وقوله القماش ، وهو ما على وجه الارض من فئات الاشياء ، حتى يقال لرذالة الناس قماش . وما أعطاني إلا قماشاً ، أى أردأ ما وجدته ، أفاده في القاموس .

وقوله في ترجمه الباب ما يلزم المتكاريين ، أى ما يتعين لدفع الخیار ، فعلى المكري تسليم مفتاح ضبته الدار الى المسكنرى لتوقف الانتفاع عليه ، وهو أمانته بيده ، فلو تلف ولو بتقصير فعلى المكري تجديده ، فان امتنع لم يجبر ولم ياثم وينبى على ذلك سؤال :

هل تصح إجارة دار لا باب لها ؟ ففي هذه الصورة نظر وقد توجه الصحة إن أمكن الانتفاع بها بلا باب ، كأن أمكن التساق من الجدار ، وعلى القول

بالصحة هل يثبت الخيار للجاهل ، كأن رآها قبل سد بابها ثم استأجرها اعتماداً على الرؤية السابقة ؟ قلنا يثبت له الخيار وجهاً واحداً .

فأما القفل فلا يجب تسليمه فضلاً عن مفتاحه لأنه منقول وليس بتابع ، كما أن عليه من أسباب التمسك مبنياً على أصل المذهب إضاعة المدخل واستكمال المرافق الصحيحه ، فإن لم يفعل لم يجبر ، وكان المكترى بالخيار والمستأجر عليه كنس السلم والفناء لأن ذلك ميسور له .

قال الشافعي رضي الله عنه في كراه الأبل والدواب من الام : وعلى المكري أن يركب المرأة البعير بركاً وتنزل عنه بركاً ، لأن ذلك ركوب للنساء . أما الرجال فيركبون على الأغلب من ركوب الناس ، وعليه أن ينزله للصلوات وينتظر حتى يصلحها غير معجل له ولما لا بد له منه كالوضوء ، وليس عليه أن ينتظره لغير ما لا بد له منه . قال وليس للجهال إذا كانت القرى هي المنازل أن يتعداها إن أراد الكلاء ، ولا للمكترى إذا أراد عزلة الناس ، وكذلك إن اختلفا في الساعه التي يسيران فيها ، فإن أراد الجمال أو المكترى ذلك في حر شديد نظر إلى مسير الناس بقدر المرحلة التي يريدان

وقال الشافعي رضي الله عنه : وعلف الدواب والأبل على الجمال أو مالك الدواب ، فإن تغيب واحد منهما فعلف المكترى فهو متطوع إلا أن يرفع ذلك إلى السلطان ، وينبغي للسلطان أن يوكل رجلاً من أهل الرفقه بأن يعلف ويحسب ذلك على رب الدابة والأبل ، وإن ضاق ذلك فلم يوجد أحد غير الراكب فإن قال قائل : يأمر الراكب أن يعلف لأن من حقه الركوب والركوب لا يصلح إلا بعلف ويحسب ذلك على صاحب الدابة ، وهذا موضع ضرورة ، ولا يوجد فيه إلا هذا ، لأنه لا بد من العلف والا تلفت الدابة ولم يستوف المكترى الركوب كان مذهبا

ثم قال الشافعي رضي الله عنه : وفي هذا أن المكترى يكون أمين نفسه ، وأن رب الدابة إن قال لم يعلفها إلا بكذا ، وقال الأمين : علفتها بكذا لا أكثر ،

فإن قيل قول رب الدابة في ماله سقط كثير من حق العالف ، وإن قيل قول المكثرى العالف كان القول قوله فيما يلزم غيره ، وإن نظر إلى عالف مثلما فصدق به فيه فقد خرج مالك الدابة والمكثرى من أن يكون القول قولها ، وقد ترد أشباه من هذا في الفقه فيذهب بعض أصحابنا إلى أن لا قياس ، وأن القياس ضئيف ، وقد ذكر في غير هذا الموضع ؛ ويقولون : يقضى بين الناس بأقرب الأمور في العدل فيما يراه إذا لم يجد فيه متقدما من حكم يتبعه .

قال الشافعى رضى الله عنه : فيعيب هذا المذهب بعض الناس من كره رأى فإن جاز أن يحكم فيه بما يكون عدلا عند الناس فيما يرى الحاكم فهو مذهب أصحابنا في بعض أقاويلهم ، وإن لم يحز فقد يترك أهل القياس القياس ، والله تعالى أعلم .

(فرع) إذا استأجر داراً فانظمت آبارها وامتلات حشوشها فالذى عليه أصحابنا أن تنقية ذلك وتنظيفه على المؤجر دون المستأجر من غير تفصيل لما عليه من حقوق التمكن . قال الماوردى : والذي عندى وأراه مذهباً أن تنقية ما انظم من آبارها على المؤجر وتنقية ما امتلا من حشوشها على المستأجر ، لأن امتلاء الحشوش من فعله فصار كتحويل القماش وليس كذلك انطام الآبار ، فلو امتنع المستأجر من تنقية الحشوش أجبر عليه ، ولو امتنع المؤجر ما يلزمه من الآبار لم يجبر عليه ، وكان المستأجر بالخيار ، والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) واختلاف أصحابنا في رد المستأجر بعد انقضاء الإجارة ، فمنهم من قال : لا يلزمه قبل المطالبة لأنه أمانة فلا يلزمه ردها قبل الطلب كالوديعة ، ومنهم من قال : يلزمه لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له في إمساكها ، فلزمه الرد كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها ، فإن قلنا : لا يلزمه الرد لم يلزمه مؤنة الرد كالوديعة ، وإن قلنا : يلزمه لزومه مؤنة الرد كالعارية .

(فصل) وللمستأجر أن يستوفى مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف ، لأن إطلاق العقد يقتضى المتعارف ، والمتعارف كالمشروط ، فإن استأجر داراً للسكنى

جاء أن يطرح فيها المناع ، لأن ذلك متعارف في السكني ، ولا يجوز أن يربط فيها الدواب ولا يقصر فيها الثياب ولا يطرح في أصول حيطانها الرماد والتراب ، لأن ذلك غير متعارف في السكني ، وهل يجوز أن يطرح فيها ما يسرع اليه الفساد ، فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز لأن الفار ينقب الحيطان للوصول إلى ذلك .
(والثاني) يجوز ، وهو الأظهر ؛ لأن طرح ما يسرع اليه الفساد من الطاهر المأكول متعارف في سكني الدار ، فلم يحز المنع منه ، وإن اكثرى قيضاً للبس لم يحز أن ينام فيه بالليل ، ويجوز بالنهار ، لأن العرف أن يخلع لنوم الليل دون نوم النهار .

وإن استأجر ظهراً للركوب ركب عليه لا مستلقياً ولا منكباً : لأن ذلك هو المتعارف ، وإن كان في طريق العادة فيه السير في أحد الزمانين من ليل أو نهار لم يسر في الزمان الآخر لأن ذلك هو المتعارف ، وإن اكثرى ظهراً في طريق العادة فيه النزول للرواح ففيه وجهان .

(أحدهما) يلزمه النزول ، لأن ذلك متعارف والمتعارف كالمشروط .
(والثاني) لا يلزمه ، لأنه عقد على الركوب في جميع الطريق فلا يلزمه تركه في بعضه ، فإن اكثرى ظهراً إلى مكة لم يحز أن يحج عليه ، لأن ذلك زيادة على المعقود عليه ، وإن اكثره للحج عليه ، فله أن يركبه إلى منى ثم إلى عرفة ثم إلى المزدلفة ثم إلى منى ثم إلى مكة ، وهل يجوز أن يركبه من مكة عائداً إلى منى للمبيت والرمي ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لأنه من تمام الحج (والثاني) ليس له لأنه قد حل من الحج .

(الشرح) قد عرفنا مما سبق من الشواهد والأدلة والنصوص أن عقد الإجارة يصح على الدين مدة تبقى بصفاتها غالباً لإمكان استيفاء المعقود عليه كسنة أو عشر سنين أو ثلاثين سنة على ما يليق بكل عين مستأجرة .

قال البغوي : إلا أن الأحكام اصطلاحوا على أن لا يؤجروا الوقف أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس الوقف . قال السبكي : ولعل سببه أن إجارة الوقف

تحتاج الى أن تكون بالقيمة وتقويم المدة المستقبلية البعيدة صعب . والمستأجر في اجارة العين أن ينتفع بها من أول العقد ويده عليها يد أمانة فيأتى فيه مامر في الوديع مدة الاجارة ان قدرت بزمن ، أو مدة امكان استيفاء المنفعة ان قدرت بمحل عمل امدام امكان الاستيفاء للمنفعة بدون وضع يده ، وبه فارق كون يده يد ضمان على طرف مبيع قبضه فيه لتخص قبضه لغرض نفسه ، ويجوز السفر للمكترى بالعين المكتراة عند انتفاء الخطر للملك المنفعة لجاز له استيفاؤها حيث شاء ، وظاهره عدم الفرق بين اجارة العين وهو ظاهر ، والذمة وهو محتمل ، نعم سفره بها كسفر الوديع فيما يظهر أخذاً مما مر في الوديع .

ووجه ما قررنا أنه عقد لا يقتضى الضمان لان العين أمانة في يد المستأجر ان تلفت بغير تفريط لم يضمنها ، وسئل أحمد بن حنبل عن المظل والخيمة الى مكة فتذهب من المكترى بسرقة أو ذهاب هل يضمن ؟ قال : أرجو أن لا يضمن ، وكيف يضمن ؟ اذا ذهب لا يضمن . اهـ

فاذا انقضت المدة فعليه رفع يده ، وليس عليه الرد في قول غير أن عليه أن يتوقف عن الانتفاع ، وفارق العارية فإنه عليه أن يردها من حيث أخذها ، ووجهه أنه عقد لا يقتضى الضمان فلا يقتضى رده ومؤنته كالوديعه وفارق العارية فإن ضمانها يجب فكذاك ردها ، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانه كالوديعه ؛ ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه .

والقول الآخر : يضمن اذا انتهت مدة الاجارة لانه بعد انقضاء الاجارة غير مأذون له في امساكها أشبه العارية المزقته بعد وقتها ، فإن ضمن المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه يناهى مقتضى العقد ، وهل تفسد الاجارة به ؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع .

وروى عن ابن عمر أنه قال : لا يصلح الكراء بالضمان . وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون : لا نيكترى بضمان ، الا أنه من شرط على كراء أنه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلاً مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شيء مما حمل في ذلك التعدى فهو ضامن ، فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان

فيه ، وإن شرطه لم يصح الشرط لأن مالا يجب ضمانه لا يصير بالشرط مضموناً وما يجب ضمانه لا يفتى ضمانه بشرط نفيه .

فأما إن أكره عيناً وشرط عليه أن لا يسير بها في الليل أو وقت القافلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يحمل سيره في آخره - ٩١ أو لا يسلك بها الطريق الفلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض مخالف ضمن لأنه متعدد لشرط كراهه فضمن ما تلف به ، كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفـيزاً لحمل قفيزين ، فإذا كانت العين داراً فلا يصح أن يقتنى فيها ما يؤدي إلى المضارة بالبناء إلى الحد الذي جعل بعض الأصحاب يمنع أن يكون في متاعه بعض المأكولات التي تحدث رائحة تجلب الفيران لما يترتب عليه من أحداث شقوق في جدران البيت ، وقد رد هذا القول جمهور العلماء بأن المتعارف بين الناس وما تحكم به ضرورات المعيشة أن كل مأكولات الإنسان تغري الفيران وتجذبها اليها ولذا فقد عفى في الأصح عما لا يمكن التحرز منه أو الاستغناء عنه ومقتضى أصول المذهب أن كل متعارف هو كالمشروط فلا يلزمه تركه .

(فرع) بشرط في اجارة الذمة أو العين للركوب بيان قدر السير كل يوم وكونه ليلاً أو نهاراً والنزول في عامر أو صحراء لتفاوت الأغراض بذلك ، ولو أراد أحدهما مجاوزة المحل المشروط أو نقصاً منه لحوف لحوق ضرر منه ولو كان ظناً جاز دون غيره كما لو استأجر مطية للذهاب والإياب فإنه لا تحسب عليه مدة إقامتها لحوف إلا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة بالعادة ، فينزل عليها ، فإن لم تنضبط اشترط بيان المنازل أو التقدير بالزمن وحده ، والا امتنع التقدير بالسير به لعدم تعلقه بالاختيار ، وحينئذ يتعذر الاستئجار في طريق مخوفة لا منازل فيها

(فرع) من أكثرى مطية ليحج عليها فله الركوب عليها إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج عليها إلى منى لأنه من تمام الحج ، وقيل ليس له الركوب إلى منى لأنه بعد التحلل من الحج ، والأولى له ذلك لأنه من تمام الحج وتوابعه ؛ ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قوله تعالى ، والله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً ، ومن أكثرى إلى مكة فقط فليس له الركوب

الى الحج لانها زيادة ، ويحتمل أن له ذلك لان الكراء الى مكة عبارة عن الكراء الى الحج لكونها لا يكثرى اليها الا للحج غالباً فكان بمنزلة المكثرى للحج ، هذا مذهبنا وبه قال أحد وأصحابه .

قال الشافعي رضي الله عنه : واذا تنكاري رجل محملاً من المدينة الى مكة فشرط سيراً معلوماً فهو أصح ، وان لم يشترط فالذي أحفظ أن المسير معلوم وأنه المراحل فيلزم ان المراحل لانها الاغلب من سير الناس ، فإن قال قائل كيف لا يفسد في هذا الكراء والسير يختلف ؟ قيل : ليس للافساد ههنا موضع ، فان قال : فبأي شيء قسته ، قيل : بنقد البلد ، البلد له نقد وصنع وغلة مختلفة فيبيع الرجل بالدرهم ولا يشترط نقداً بعينه ، ولا يفسد البيع ، ويكون له الاغلب من نقد البلد وكذلك يلزمهما الغالب من مسير الناس اهـ .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فان اكثرى ليحمل له أرطالا من الزاد فهل له أن يبدل ما يأكله فيه قولان .

(أحدهما) له أن يبدل وهو اختيار المولى كما أن له أن يبدل ما يشرب من الماء (والثاني) ليس له أن يبدله ، لأن العادة أن الزاد يشتري موضعاً واحداً بخلاف الماء قال أبو اسحاق : هذا اذا لم تختلف قيمة الزاد في المنازل ، فأما اذا كانت قيمته تختلف في المنازل جاز له أن يبدله قولاً واحداً لان له غرضاً أن لا يشتري موضعاً واحداً .

(فصل) وان اكثرى ظهراً فله أن يضربه ويكبجه باللاجام ويركضه بالرجل للاستصلاح لما روى جابر قال : سافرت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشترى مني بعيراً وحملني عليه الى المدينة ، وكان يسوقه وأنا راكبه وأنه ليضربه بالعصا ولا يتوصل الى استيفاء المنفعة الا بذلك لجاز له فعله .

(فصل) وللمستأجر أن يستوفي مثل المنفعة المعلقة عليها وما دونها في الكهرر ولا يملك أن يستوفي ما فوقها في الضرر ، فإن اكثرى ظهراً اركبه في طريق فله أن يركبه في مثله وما دونه في الخشونة ولا يركبه فيما هو أخشى منه ،

فإن استأجر أرضاً ليزرع فيها الحنطة فله أن يزرع مثلها وما دونها في الضرر ولا يزرع ما فوقها ، لأن في مثلها يستوفي قدر حقه وفيما دونها يستوفي به ضرر حقه ، وفيما فوقها يستوفي أكثر من حقه ؛ فإن أكثرى ظهراً ليحمل عليه القطن لم يحمل عليه الحديد لأنه أضر على الظهر من القطن لاجتماعه وثقله ، فإن أكثراد للحديد لم يحمل عليه القطن لأنه أضر من الحديد ، لأنه يتجافى ويقع فيه الريح فيتعب الظهر ، فإن أكثراد ليركبه بسرج لم يجوز أن يركبه عرباً لأن ركوبه عرباً أضر ، فإن أكثراد عرباً لم يركبه بسرج لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه ، فإن أكثرى ظهراً ليركبه لم يجوز أن يحمل المتاع لأن الراكب يعين الظهر بحركته والمتاع لا يعينه ، فإن أكثراد للحمل المتاع لم يجوز أن يركبه لأن الراكب أشد على الظهر لأنه يقعد في موضع واحد والمتاع يتفرق على جنبه ، فإن أكثرى قبضاً للباس لم يجوز أن يتزر به ، لأن الاتزار أضر من اللبس ، لأنه يعتمد فيه على طاقين وفي اللبس يعتمد فيه على طاق واحد ، وهل له أن يرتدى به فيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه أخف من اللبس

(والثاني) لا يجوز لأنه استعمال غير معروف فلا يملكه كالاتزار

(فصل) وله أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره ، فإن أكثرى داراً ليسكنها فله أن يسكنها مثله ومن هو دونه في الضرر ، ولا يسكنها من هو أضر منه ، فإن أكثرى ظهراً ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لما ذكرناه في الفصل قبله .

(الشرح) حديث جابر رواه البخاري ومسلم بلفظ : أنه كان يسير على جبل له قد أعيا فأراد أن يسقيه ، قال : ولحقني النبي صلى الله عليه وسلم فدعاني وضربه فصار سيرا لم يسر مثله فقال : بعني ، فقلت لا ، ثم قال : بعني فبعته واستثفيت حملانه إلى أهلي ، وفي لفظ لأحمد والبخاري : وشرطت ظهره إلى المدينة ، وتمام الحديث في الصحيحين : فلما بلغت أتيته فنقدني ثمنه ثم رجعت فأرسل في أثرى فقال : أتراني ما أكستك لا آخذ جملك ، خذ جملك ودراهمك فهو لك ، أما أحكام هذه الطائفة من الفصول فانه إذا أكثرى دابة في الذمة فانه لا خيار

في عقدها إذا وجد بالدابة عيبا ، لأن المعقود عليه في الذمة بصفة السلامة ، والمعقود عليه هنا غير سليم ، فإذا لم يرض به رجع إلى ما في الذمة ، ولو عجز عن الإبدال ثبت للمستأجر الخيار ، كما ذكر ذلك الأذرعى ، ويخص المالك بـ ما تسلمه فله إيجار ، ويمتنع إبدالها بغير رضاه ويتقدم بنفعها على جميع الفرما . فإذا ثبت هذا بالنسبة للدابة فإنه يلزم ثبوته للطعام المحمول أوكل في الطريق إذا لم يتعرض في العقد لإبداله ولا لعدمه فإنه يبدل إذا أكل في الظاهر عملا بمقتضى اللفظ لتناوله حمل كذا إلى كذا . وكأنهم قدموه على العادة بأنه لا يبدل لعدم أطرادها .

(والثاني) لا ، لأن العادة عدم الإبدال للزاد ولو لم يجد فيه فيما بعد محل الفراغ بسعره فيه أبدل جزما .

نعم لو شرط عدم إبداله أتبع الشرط ، ولو شرط قدراً فلم يأكل منه فالظاهر كما قاله السبكي أنه ليس للمؤجر مطالبة بنقص قدر أكله اتباعاً للشرط ، ويحتمل أن له ذلك للمعرف ، لأنه لم يصرح بحمل الجميع في جميع الطريق . قال : وهو الذي إليه نميل . وخرج بعض الفقهاء ما يحمل عما يؤكل ، وما حمل فتألف قبل الوصول فإنه يبدل قطعاً .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإن اختلفا في الرحلة رحل لا مكبوا ولا مستلقيا ، وإن انكسر المحمل أو الظل أبدل محملاً مثله أو ظلاً مثله ، وإن اختلفا في الزاد الذى ينفد بعضه ، فقال صاحب الزاد : أبدله بوزنه فالقياس أن يبدل له حتى يستوفي الوزن — وقال : ولو قال قائل : ليس له أن يبدل من قبل أنه معروف أن الزاد ينقص قليلاً ولا يبدل مكانه كان مذهبا — والله تعالى أعلم — من مذاهب الناس .

(فرع) يجوز للمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة ، ويكفيها بالاجام وحشها على السير بحسب طبيعتها ، فإن كانت من النوع الذى قال فيه علقمة : فأدركها ثانيا من عنائه يمر كمر الراح المتحاب فليس له أن يضربها لأدراكها المقصود مع راحه - **الراكب** في مرعقها

وأما إن كانت غير ذلك فعلى حد قول امرئ القيس :

فلا ساق الهوب وللسوط درة وللزجر منه وقع أهوج منمنع

إلا أنه لا يجوز أن يكون أهوج منمنع ، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نخس بعير جابر وضربه ، وكان أبو بكر رضى الله عنه يخرش بعيره بمحجنه . قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا اكترى الرجل من الرجل الدابة فضر بها أو نخسها بلجام أو ركضها فماتت سئل أهل العلم بالركوب ، فإن كان فعل من ذلك ما تفعل العامة فلا يكون عندهم فيه خوف تلف أو فعل بالكبح والضرب مثل ما يفعله بمثلها عندما فعله فلا أعد ذلك خرقه ولا شيء عليه ، وإن فعل ذلك عند الحاجة اليه بموضع قد يكون بمثله تلف أو فعله في الموضع الذى لا يفعله في مثله ضمن في كل حال من قبل أن هذا تعد ، والمستعير هكذا إن كان صاحبه لا يريد أن يضمه ، فإن أراد صاحبه أن يضمه العارية فهو ضامن تعد أو لم يتعد .

وأما الرائص فإن من شأن الرائص الذى يعرف به إصلاحهم للدواب الضرب على حملها من السير ، والحمل عليها من الضرب أكثر ما يفعل الركاب غيرهم ، فإذا فعل من ذلك ما يكون عند أهل العلم بالرياضة إصلاحا وتاديبا للدابة بلا إعناف بيّن لم يضمن إن عيئت ، وإن فعل خلاف هذا كان متعديا وضمن والمستعير الدابة هكذا كما اكترى في ركوبها إذا تعدى ضمن ، وإذا لم يتعد لم يضمن ثم قال : والذى نأخذ به فى المستعير أنه يضمن تعدى أو لم يتعد ، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم والعارية مضمونه مؤداة ، وهو آخر قوله صلى الله عليه وسلم اه هذا وقد سئل أحمد رضى الله عنه عن ضرب الصبيان فقال : على قدر ذنوبهم ويتوقى بجهده الضرب . وإذا كان صغيرا لا يعقل فلا يضربه . ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف . وبهذا فى الدابة قال مالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد . وقال الثورى وأبو حنيفة : يضمن لأنه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر ، وكذلك قال الشافعى فى المعلم يضرب الصبي لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب

(فرع) إذا اكترى دابة الى مضافه فملك أشق منها فهم مثل مسألة الزرع

ولأنه متعدد فرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق . وإن اكترى لحمل القطن
فحمل بوزنه حديداً أو حديداً فحمل بوزنه قطناً فالصحيح أن عليه أجر المثل لأن
ضرر أحدهما يخالف لضرر الآخر ، فلم يتحقق كون المحمول مشتملاً على
المستحق بمقدار الاجارة وزيادة عليه ، فإذا أكره لحمل قفيزين فحملهما فوجدتهما
ثلاثة ، فإن كان المكترى تولى الكيل ولم يعلم المكترى بذلك فخكه حكمه من
اكترى لمحمولة شيء فزاد عليه . فلو اكترى لحمل مائة رطل حنطة فحمل مائة
شعيراً أو عكس ذلك لاجتماعهما بسبب ثقلهما في محل واحد ، وهو الخفة يأخذ
من ظهر الدابة أكثر ، فضررها مختلف ، وكذا كل مختلفي الضرر كما قلنا
في الحديد والقطن .

فلو اكترى عشرة أقفزة شعير فحمل عشرة أقفزة حنطة لأنها أثقل دون
عكسه بأن اكتراه لحمل عشرة أقفزة حنطة فحمل عشرة أقفزة شعيراً من غير
زيادة أصلاً فلا ضمان عليه لاتحاد جرمهما باتحاد كيانهما مع كون الشعير أخف ؛
فلو اكترى لحمل مائة فحمل مائة وعشرة لزمه مع المسمى أجرة المثل للزيادة
لتعديده ، وإن تلفت بذلك المحمول أو بسبب آخر ضمنها ضمان يد إن لم يكن
صاحبها معها لكونه غاصباً لها بحمل الزيادة .

فإن كان صاحبها معها وتلفت بسبب الحمل دون غيره إذ ضمانها ضمان جنابة
لا سيما ومالكها معها ضمن قسط الزيادة فقط لاختصاص يده بها ، ولهذا
لو سخره مع دابته فتلفت لم يضمنها المسخر لتلفها في يد مالكها ، وفي قول يضمن
نصف القيمة توزيعاً على الرءوس .

ولو سلم المائة والعشرة إلى المؤجر فحملها جاهلاً بالزيادة ، كأن قال له : مائة
فصدقه ضمن المكترى القسط وأجرة الزيادة على المذهب إذ المكترى لجهله صار
كالآلة بتأثير تدليس المكترى .

والطريق الثاني أنه على القولين في تعارض الفرر والمباشرة ، فإن كان عالماً
بأن وزن المؤجر وحمل : أو رأى المكترى يكبل ويحمل ، أو أعلمه المكترى
بحقيقة الكيل فلا أجرة للزيادة لعدم تدليس المستأجر ولا ضمان إن تلفت ،
وبهذا قال أحمد وأصحابه . إلا أنهم اختلفوا في أجر القدر الزائد على العقد

على وجهين (أحدهما) لا أجر له كذهبتنا (والثاني) له أجر الزائد لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الاجارة لجرى مجرى المعاطاة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجره . قالوا وإن كاله المكري وحمله المكري على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها فعليه أجر القفيز الزائد ، وإن أمره ففي وجوب الاجر وجهان عندهم .

(فرع) قال النووي (رض) : وللمكترى استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره . قلت : وينبغي أن يكون غيره أمينا ، فلو شرط المكري استيفاء المنفعة بنفسه بطل العقد ، لأن المكترى يملك المنفعة فلا ينزعه فيها المكري ، ومثله كمثل من يشترط على المشتري ألا يبيع ما اشتراه . فله أن يركب ويسكن من هو مثله في الضرر اللاحق بالعين ودونه بالاولى ، لأن ذلك استيفاء للمنفعة المستحقة من غير زيادة ، ولا يسكن حدادا ولا قصارا لما يحدده القصار من الدق والازعاج وتأثير الدق في المبنى والازعاج للجار .

قال الرملي : إلا اذا قال : لنسكن من شئت كازرع ماشئت ، ونظر فيه الاذرعى فقال ان مثل ذلك يقصد به التوسعة دون الاذن في الاضرار ، وقد رد الرملي بأن الاصل خلافه ، كما لا يجوز ابدال ركوب بحمل ويجوز عكسه ، وان قال أهل الخبرة لا يتفاوت الضرر . وهذا قال أحمد وأصحاب الرأي

قال الشافعى مقررًا : وهم يزعمون أن رجلا لو تَكَارَى من رجل بيتا لم يكن له أن يعمل فيه رحي ولا قصارة ولا عمل حدادين لأن هذا مضر بالبناء ، فإن عمل هذا فانهدم البيت فهو ضامن لقيمة البيت ، وان سلم البيت فله أجره . ويزعمون أن من تَكَارَى قيصا فليس له أن يأتزر به ، لان القميص لا يلبس هكذا ، فان فعل فتخرق ضمن قيمة القميص ، وان سلم كان له أجره ، ويزعمون أنه لو تَكَارَى قبة لينصبها فنصبها في شمس أو مطر فقد تعدى لاضرار ذلك بها . فإن عطبت ضمن وان سلمت فعليه أجرها مع أشياء من هذا الضرب يُكتفى بأقلها حتى يُستدل على أنهم قد تركوا ما قالوا ودخلوا فيما عابوا مما مضى به الآثار ، وما فيه صلاح الناس . اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان استأجر عينا لمنفعة وشرط عليه أن لا يستوفي مثلها أو دونها أو لا يستوفيها لمن هو مثله أو دونه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن الإجارة باطلة لأنه شرط فيها ما يناهى موجبها فبطلت (والثاني) أن الإجارة جائزة ، والشرط باطل ؛ لأنه شرط لا يؤثر في حق المؤجر ، فالغى وبقي العقد على مقتضاه (والثالث) أن الإجارة جائزة والشرط لازم ، لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به .

(فصل) والمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها لأن الإجارة كالبيع وبيع المبيع يجوز بعد القبض فكذلك إجارة المستأجر . ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره وهل يجوز قبل القبض فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض (والثاني) يجوز لأن المعقود عليه هو المنافع ، والمنافع لا تسير مقبوضة بقبض العين . فلم يؤثر فيها قبض العين (والثالث) أنه يجوز إيجارها من المؤجر لأنها في قبضته ، ولا يجوز من غيره لأنها ليست في قبضته . ويجوز أن يؤجرها برأس المال وباقل منه وبأكثر لأنها بيننا أن الإجارة بيع وبيع المبيع يجوز برأس المال وباقل منه وبأكثر منه ، فكذلك الإجارة .

(فصل) وإن استأجر عينا لمنفعة فاستوفي أكثر منها — فإن كانت زيادة تتميز — بأن اكترى ظهراً ليركبه إلى مكان فجاوز أو ليحمل عليه عشرة أقفزة فحمل عليه أحد عشر قفيزاً لزمه المسمى لما عقد عليه وأجرة المثل لما زاد لأنه استوفي المعقود عليه فاستقر عليه المسمى واستوفي زيادة فلزمه ضمان مثلها ، كما لو اشترى عشرة أقفزة فقبض أحد عشر قفيزاً ، فإن كانت الزيادة لا تتميز بأن اكترى أرضاً ليزرعها حنطة فزرعها دخناً ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فذهب المازني وأبو إسحاق إلى أن المسئلة على قولين .

(أحدهما) بلزمه أجرة المثل للجميع ، لأنه تعدى بالعدول عن المعقود عليه إلى غيره ، فلزمه ضمان المثل كما لو اكترى أرضاً للزراعة فزرع أرضاً أخرى .

(والثاني) يلزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة ، لأنه استوفى ما استحقه وزيادة ، فأشبهه إذا استأجر ظهراً إلى موضع فجاوزه ، وذهب القاضي أبو حامد المروزي إلى أن المسئلة على قول واحد ، وأن صاحب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة ؛ وبين أن يأخذ أجرة المثل للجميع ، لأنه أخذ شيئاً من استأجر ظهراً إلى مكان فجاوزه ، وشبهها بمن أكرى أرضاً للزراعة فزرع غيرها ، فخير بين الحكيم .

(فصل) وإن أجره عيناً ثم أراد أن يبدلها بغيرها لم يملك لأن المستحق معين فلم يملك إبداله بغيره كما لو باع عيناً فأراد أن يبدلها بغيرها .

(الشرح) إذا اشترط ألا يستوفى في المنفعة مثلاً أو ما دونها أو اشترط أن لا يستوفىها بمثله أو من هو دونه ، فعلى ثلاثة أوجه .

أحدها : أن الاجارة باطلة لاشتراط ما ينافي موجبها وقد عرفنا من الشواهد الماضية أنه لو اشترط أمراً كأن قال : أتتكارى منك محملاً أو زاملة على المنصوص في الأم ، فإن هذا الشرط يبطل العقد ، كما لو قال أبيعك أقل من عشرة فما دونها بهذا فإن هذا البيع باطل ، لأنه ينافي موجب العقد الذي يوجب ملك المنفعة والتسلط على استيفائها بنفسه وبناثبه ، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائبه . والشرط ينافي ذلك فكان باطلاً .

والوجه الثاني : أن الاجارة جائزة والشرط باطل لأنه شرط لا يؤثر في حق المستأجر من استيفاء المنفعة ، وفارق البيع ، لأن البائع يده هنا على المبيع والمستأجر يده على المنفعة ، وبهذا قال أحمد ، لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به .

والوجه الثالث : صحة الشرط وصحة العقد لأن المستأجر يملك المنفعة من قبل المؤجر فليس المستأجر أن يتعدى بامتلاك لم يرض به فلزمه الشرط وصحت الاجارة وقد فصلنا ذلك على أصل المذهب ، ونصه في الأم على ما سيأتي .

(فرع) يجوز للمستأجر أن يؤجر العين التي استأجرها إذا قبضها ؛ ونص أحمد على ذلك ، وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد وعكرمة

وأبي سليمان بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وذكر القضاة من الحنابلة فيه رواية أخرى أنه لا يجوز ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح مالم يضم ، والمنافع لم تدخل في ضمانه ، ولأنه عقد على مالم يدخل في ضمانه فلم يجوز كبيع المكمل والموزون قبل قبضه ، والأول أصح ، لأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها لجواز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة ، وقياس الرواية الأخرى باطل على هذا الأصل .

إذا ثبت هذا : فإنه لا تجوز إيجارته إلا لمن يقوم مقامه أو دونه في الضرر لما مضى فأما إيجارتهما قبل قبضهما فلا تجوز من غير المؤجر في أحد الوجوه الثلاثة عندنا وأحد الوجهين عند الحنابلة ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن المنافع ملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالأعيان .

والوجه الثاني : يجوز ، لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه : فلم يقف جواز التصرف عليه ، فأما إيجارتهما قبل القبض من المؤجر - وهو الوجه الثالث عندنا وهو قول عند الحنابلة - فإذا قلنا : لا يجوز من غير المؤجر كان فيه وجهان أحدهما : لا يجوز لأنه عقد عليها قبل قبضها ، والثاني : يجوز لأن القبض لا يتعذر عليه بخلاف الأجنبي . وأصلهما : بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائعه رواية واحدة ، وهل يصح من بائعه ؟ على روايتين ، فأما إيجارتهما بعد قبضهما من المؤجر فجازة ، وبهذا قال أحمد والشافعي رضي الله عنه . وقال أبو حنيفة لا يجوز لأن ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام ، لأن التسليم مستحق على الكرام ، فإذا اكترأها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما يستحق عليه ، وهذا تناقض .

دلينا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد كالبيع وما ذكرناه لا يصح لأن التسليم قد حصل ، وهذا المستحق له تسليم آخر ثم يبطل بالبيع فإنه يستحق عليه تسليم العين ، فإذا اشتراها استحق تسليمها ، فإن قيل : التسليم ههنا مستحق في جميع المدة بخلاف البيع . قلنا : المستحق تسليم العين وقد حصل ، وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر ، فإذا تعذرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه لأنها بسبب كان في ضمانه .

(فرع) ويجوز المستأجر إجارة العين بمثل الأجر وزيادة ؛ وهذا قول أحمد والشافعي وأبي ثور وابن المنذر . وروى ذلك عن عطاء والحسن والزهري . وفي رواية لأحمد : إن أحدث في العين زيادة جاز له أن يكريها بزيادة ، وإلا لم تجز الزيادة ، فإن فعل تصدق بالزيادة ، وروى هذا عن الشعبي والثوري وأبو حنيفة لأنه يربح فيما لم يضمن .

وعن أحمد رواية ثالثة : إذا أذن له فيها المالك جاز ، وإذا لم يأذن لم يجز ، وكره ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي الزيادة مطلقاً لدخولها فيما لم يضمن ، دليلنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه .

وأما الحديث فإن المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه ، فإنها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه ، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه . فإن البيع ممنوع منه بالكية سواء ربح أو لم يربح ، وههنا جائز في الجملة . وتعليقهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها ، فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة .

(فرع) كل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفي تلك المنفعة وما دونها في الضرر . هذا ما سبق أن بيناه ، وبه قال أحمد . ولا نعرف في ذلك مخالفاً ، ومتى فعل ما ليس له كان ضامناً ، وقد ضرب المصنف مثلاً بالأرض يستأجرها ليزرعها حنطة فزرعها دخنًا . قال الماوردي في الحاوي الكبير^(١) بعد أن أورد قول الشافعي رضي الله عنه في الأم : ولو أكثرها ليزرعها قمحاً فله أن يزرعها مالا يضر بالأرض إضرار القمح ، وهذا كما قال : إذا استأجر أرضاً ليزرعها حنطة فله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل ، وليس له

(١) الحاوي الكبير مخطوطة في دار الكتب العربية ذات أربعة وعشرين مجلداً ومن نوعها المجلد الأول في دار الكتب الأزهرية والحاوي الصغير مخطوطة في دار الكتب العربية ذات أربعة عشر مجلداً . على أن نقولنا التي اعتمدناها هنا في الشكلة هذه من الحاوي الكبير .

أن يزرعها ما ضرره أكثر من ضرر الحنطة . وقال داود بن علي : لا يجوز إذا استأجرها لزرع الحنطة أن يزرعها غير الحنطة ، وإن كان ضرره أقل من ضرر الحنطة استدلالاً بقوله تعالى : «أو فوا بالعقود» ، فلم يجوز العدول عما تضمنه العقد قال : ولأنه لما لم يجوز إذا اشترى بدراهم بأعيانها أن يدفع غيرها من الدراهم وإن كانت مثلها لما فيه من العدول عما اقتضاه العقد ، كذلك في اجارة الارض لزرع الحنطة لا يجوز أن يعدل فيها عن زرع الحنطة .

ودليلنا أن ذكر الحنطة في اجارة الارض انما هو لتقدير المنفعة به لا لتعيين استيفائه ، ألا تراه لو تسلم الارض ولم يزرعها ازمته الاجرة ، فإذا ثبت أنه ذكر الحنطة لتقدير المنفعة فهو إذا استوفى المنفعة فقد رت به في العقد وبغيره جاز ، كما لو استأجر لحمل قفيز من حنطة لحمل قفيزا غيره ، وكما لو استأجر ليزرع حنطة بعينها فزرع غيرها ، ولأن عقد الاجارة يتضمن اجرة يملكها المؤجر ومنفعته يملكها المستأجر ، فلما جاز للمؤجر أن يستوفى حقه كيف شاء بنفسه وبوكيله وبمن يحيله جاز للمستأجر أن يستوفى حقه من المنفعة كيف شاء بزرعها الحنطة وغير الحنطة ، وباعارتها لمن يزرعها ويتركها وتعطيها ،

فأما استدلاله بقوله تعالى : «أو فوا بالعقود» ، فمثل الحنطة ما يتضمنه العقد بما دللنا . وأما الجواب عما استدل به من تعيين الأثمان بالعقد فكذا في الاجارة ، فهو أن الفرق بينهما في التعيين متفق عليه ، لأن الدراهم تتعين بالعقد حتى لا يجوز العدول الى جنسها والحنطة لا تتعين في عقد الاجارة وانما الخلاف في تعيين جنسها لا قراره لو استأجرها لزرع حنطة بعينها جاز له العدول الى غيرها من الحنطة ، فكذلك يجوز أن يعدل الى غير الحنطة . اهـ

فإذا تقرر هذا لم يخل حال المستأجر ليزرع الارض حنطة من ثلاثة أقسام :
١ - أن يستأجرها لزرع الحنطة وما أشبهها ، فيجوز له بيعه ووافقه داود أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل ، إلا أن داود يجيزه بالشرط ونحن نجيزه بالعقد والشرط تأكيداً .

٢ - أن يستأجرها لزرع الحنطة ويغفل ذكر ما سوى الحنطة مما ضرره أكثر من الحنطة أو أقل ،

٣ - أن يستأجرها لزرع الحنطة على أن لا يزرع سواها ففيه ثلاثة أوجه
 حكاهما ابن أبي هريرة (أحدهما) أن الإجارة باطلة (والثاني) أن الإجارة جائزة
 والشرط باطل ، وله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة لأنه لا يؤثر في حق المؤجر
 ما يفي (والثالث) أن الإجارة جائزة والشرط لازم ، وليس له أن يزرعها غير
 الحنطة لأن منافع الإجارة إنما تملك بالعقد على ما سمي فيه ، ألا تراه لو
 استأجرها للزرع لم يكن له الغرس فكذلك إذا استأجرها لنوع من الزرع ، قال
 الشافعي : وإن كان يضرها مثل عروق تبقى فليس ذلك له ، فإن فعل فهو متعد
 ورب الأرض بالخيار أن شاء أخذ السكر أو ما نقص الأرض على ما ينقصهم زرع القمح
 وبأخذ منه كراء مثلها . قال المازني : يشبه أن يكون قوله الاول أولى ، لأنه أخذ
 ما كرى وزاد على السكرى ضررا ، كرجل أكثرى منزلا يدخل فيه ما يحتمل
 سقفه فجعل فيه أكثر .

إذا عرف هذا فانه إذا استأجر أرضا لزرع حنطة لم يكن له أن يزرعها ولا
 أن يغرسها ما هو أكثر ضررا منها لأنه غير مأذون فيه فصار كالغاصب ، وهل
 يصير بذلك ضامنا لرقبة الأرض حتى يضمن قيمتها ان غصبت أو تلفت بسبل ،
 على وجهين (أحدهما) وهو قول أبي حامد الاسفراييني أنه يضمنها لأنه قد صار
 بالعدول عما استحقه غاصبا . والغاصب ضامن

(والثاني) وهو الاصح ، أنه لا يضمن رقبة الأرض لأن تعديبه في المنفعة
 لا في الرقبة ، فإن تبادى الامر بمسئاجرها حتى حصد زرعها ثم طوّل بالاجرة
 قالذي نص عليه الشافعي أن رب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وما
 نقصت الأرض وبين أن يأخذ أجرة المثل ، فاختلف أصحابنا ، فكان المازني
 وأبو اسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة يخرجون تخيير الشافعي على قولين
 (أحدهما) أن رب الأرض يرجع بأجرة المثل دون المسمى لأن تعدي الزارع
 بعدوله عن الحنطة الى ما هو أضر منها كتعديبه بعدوله عن الأرض الى غيرها ،
 فلما كان بعدوله عن الأرض الى غيرها ، امتزما لاجرة المثل دون المسمى فكذلك
 بعدوله الى غير الحنطة .

والقول الثاني : أنه يرجع بالمسمى من الاجرة ، وينقص الضرر الزائد على

الحنطة لأنه قد استوفى ما استحقه وزاد ؛ فصار كمن استأجر بعيراً من مكة إلى المدينة فنجاوز به إلى البصرة فعليه المسمى وأجرة المثل في الزيادة. وقال الربيع وأبو العباس ابن سريج وأبو حامد المروزي : إن المسألة على قول واحد ، وليس التخيير فيه اختلافاً للقول فيها ، فيكون رب الأرض بالخيار بين أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض بالزيادة كالمجاوز بركوب الدابة وبين أن يفسخ الاجارة ويرجع بأجرة المثل لأنه عيب قد دخل عليه فجاز أن يكون مخيراً به بين المقام أو الفسخ فأما المزني فإنه اختار أن يرجع بالمسمى وما نقصت الأرض . وتابعه أبو اسحاق المروزي واستدلا بمسالتين :

(إحداهما) أن يستأجر بيتاً لحولة مسماة فيعدل إلى غيرها فهذا أمر ينظر ، فإن استأجر أسفل البيت ليحرز فيه مائة رطل حديد فأحرز فيه مائة وخمسين رطلاً ، أو عدل عن الحديد إلى القطن فلا ضمان عليه ، لأن أسفل البيت لا تؤثر فيه هذه الزيادة ولا العدول عن الجنس ، وإن كان علو البيت تكون فيه الحولة على سقفه ، فإن كانت الاجارة لمائة رطل من حديد فوضع عليه مائة وخمسين رطلاً فهذه زيادة متميزة فيلزمه المسمى من الاجرة وأجرة مثل الزيادة .

وإن كان قد استأجر لمائة رطل قطناً فوضع فيه مائة رطل من حديد فهذا ضرر لا يتميز ، لأن القطن يتفرق على السقف والحديد مجتمع في موضع منه ، فكان أضر فيكون رجوع المؤجر على ما ذكرنا من اختلاف أصحابنا في القولين . والمسألة الثانية من دلائل المزني على اختيار أن يستأجر داراً للسكنى فيسكن فيها حدادين أو قصارين أو ينصب رحي ، فهذه زيادة ضرر لا يتميز ، فيكون رجوع المؤجر على ما وصفنا من اختلاف أصحابنا في القولين . قال الماوردي : ليس للمزني من دليل فيها استشهد به من مذهب ولا حجاج .

(فرع) قوله : وإن أجره عينا ثم أراد أن يبدلها الخ . قال الشافعي في الام : وإذا تكارى ابلا بأعيانها ركبها ، قال وإن تكارى حمولة ولم يذكر بأعيانها وركب ما يحمله ، فإن حمله على بعير غليظ فإن كان ذلك ضرراً متفاحشاً أمر أن يبدله ، وإن كان شبيهاً بما يركب الناس لم يجبر على ابداله . والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن استأجر أرضاً مدة للزراعة فأراد أن يزرع مالا يستحصد في تلك المدة ، فقد ذكر بعض أصحابنا أنه لا يجوز ، والمؤجر أن يمنعه من زراعته فإن بادر المستأجر وزرع لم يجبر على قلعه قبل انقضاء المدة ، ويحتمل عندي أنه لا يجوز منعه من الزراعة ؛ لأنه يستحق الزراعة إلى أن تنقضي المدة فلا يجوز منعه قبل انقضاء المدة ، ولأنه لا خلاف أنه إن سبق وزرع لم يجبر على نقله ، فلا يجوز منعه من زراعته .

(فصل) وإن اكترى أرضاً مدة للزرع لم يخل إما أن يكون لزرع مطلق أو لزرع معين ، فإن كان لزرع مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد الزرع نظرت ، فإن كان بتفريط منه بأن زرع صنفاً لا يستحصد في تلك المدة أو صنفاً يستحصد في المدة إلا أنه آخر زراعته ، فللمكرى أن يأخذه بنقله ، لأنه لم يعقد إلا على المدة فلا يلزمه الزيادة عليها لتفريط الميكترى ، فإن لم يستحصد لشدة البرد أو قلة المطر ففيه وجهان .

(أحدهما) يجبر على نقله ، لأنه كان يمكنه أن يستظهر بالزيادة في مدة الاجارة ، فإذا لم يفعل لم يلزم الميكري أن يستدرك له ما تركه .
(والثاني) لا يجبر وهو الصحيح ، لأنه تأخر من غير تفريط منه ، فإن قلنا يجبر على نقله وتراضياً على تركه باجارة أو إعارة جاز ، لأن النقل لحق الميكري وقد رضى بتركه ، وإن قلنا : لا يجبر فعليه المسمى إلى انقضاء المدة بحكم العقد وأجرة المثل لما زاد لأنه كما لا يجوز الاضرار بالمستأجر في نقل زرعه ، لا يجوز الاضرار بالمؤجر في تفويت منفعة أرضه .

فإن كان ازرع معين لا يستحصد في المدة وانقضت المدة والزرع قائم نظرت فإن شرط عليه القلع فالاجارة صحيحة لأنه عقد على مدة معلومة ويجبر على قلعه لأنه دخل على هذا الشرط ، فإن تراضياً على تركه باجاره أو إعارة جاز لما ذكرناه وإن شرط التبقية بعد المدة فالاجارة باطلة لأنه شرط بنافي بتقضي العقد فأبطله فإن لم يزرع كان لصاحب الأرض أن يمنعه من الزراعة لأنها زراعة في عقد باطل

فإن بادر وزرع لم يجبر على القلع ، لأنه زرع مأذون فيه ، وعليه أجره المثل لأنه استوفى منفعة الأرض باجارة فاسدة ، فإن أطلق العقد ولم بشرط التيقية ولا القلع ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق : أنه يجبر على قلعه لأن العقد إلى مدة وقد انقضت فأجبر على قلعه كالزراع المطلق .

(والثاني) لا يجبر لأنه دخل معه على العلم بحال الزرع وأن العادة فيه الترك إلى الحصاد ، فلزمه الصبر عليه ، كما لو باع ثمرة بعد بدو الصلاح وقبل الإدراك وبخالف هذا إذا اكترى لزراع مطلق ، لأن هناك يمكنه أن يزرع ما يستحصد في المدة ، فإذا ترك كان ذلك بتفريط منه فأجبر على قلعه ، وههنا هو زرع معنى علم الميكري أنه لا يستحصد في تلك المدة ، فإذا قلنا : يجبر فتراضيا على تركه باجارة أو إعارة جاز لما ذكرناه ، وإن قلنا : لا يجبر لزمه المسمى للمدة ، وأجرة المثل للزيادة ، لأنه كما لا يجوز الاضرار بالميكري في نقل زرعه لا يجوز الاضرار بالميكري في إبطال منفعة أرضه .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : وإذا تكرر ما سنة فزرعها فأنقضت السنة والزرع فيها لم يبلغ أن يحصد — فإن كانت السنة يمكنه أن يزرع فيها زرعا يحصد قبلها فالكرام جائز ، وليس لرب الأرض أن يثبت زرعه وعليه أن ينقله عن الأرض إلا أن يشاء رب الأرض تركه ، وإذا شرط أن يزرعها صنفاً من الزرع يستحصد أو يستفصل قبل السنة فأخذه إلى وقت من السنة فأنقضت السنة قبل بلوغه فيكذلك أيضاً ، وإن تكرر مدة أقل من سنة وشرط أن يزرعها شيئاً بعينه ويتركه حتى يحصد فكان يعلم أنه لا يمكنه أن يستحصد في مثل هذه المدة تكرر ما فالكرام فاسد من قبل أن أثبت بينهما شرطها ولم أثبت على رب الأرض أن يبقى زرعه فيها بعد انقضاء المدة أبطلت شرط الزارع أن يتركه حتى يستحصد ، وإن أثبت له زرعه حتى يستحصد أبطلت شرط رب الأرض فكان هذا كرام فاسداً ولرب الأرض كرام مثل أرضه إذا زرع ، وعليه تركه حتى يستحصد .

وصورة هذه المسألة أن يستأجر الرجل أرضاً مدة معلومة ليزرعها موصوفاً
فزرعها ، ثم انقضت المدة قبل استحصاد زرعها ، فلا تخلو حال المدة من ثلاثة
أحوال (أحدها) أن يعلم أن ذلك الزرع يستحصد في مثلها (والثانية) أن يعلم
أنه لا يستحق في مثلها (والثالثة) أن يقع الشك فيه ، فأما الأولى فلا تخلو من
ثلاثة أقسام .

(أحدها) أن تأخير استحصاده لعدوله عن الجنس الذي شرطه إلى غيره مثل
أن يستأجر خمسة أشهر لزرع الباقلا فيزرعها برأ فتنتضي المدة ، والبر غير
مستحصد فهذا يؤخذ بقلعه قبل استحصاده ، لأنه بعدوله عن الباقلا إلى البر يصير
متعمداً فلم يستحق استيفاء زرع تعدى فيه ، فان تراضى المؤجر والمستأجر على
تركه إلى أوان الحصاد بأجرة المثل فيما زاد على المدة أقر ، وان رضى المستأجر
وأبى المؤجر أو رضى المؤجر وأبى المستأجر من بذل أجرة المثل قلع .

(والقسم الثاني) أن يكون تأخير استحصاده لتأخير بذره من عدول عن جنسه
فهذا مفترط ويؤخذ بقلعه زرعه قبل استحصاده لأن تفریطه لا يارزم غيره ، فان
بذل أجرة مثل المدة الزائدة ورضى المؤجر بقبولها ترك والا قلع .

(والقسم الثالث) أن يكون تأخير استحصاده لأم سماوى من طول برد
أو تأخر مطر أو انخفاض نيل أو دوام ثلج ففيه وجهان . أحدهما : يترك إلى
وقت استحصاده لأنه لم يكن من المستأجر عدوان ولا تفریط ، فإذا ترك إلى وقت
الحصاد ضمن المستأجر أجرة مثل المدة الزائدة على عقده . والوجه الثاني : أن
يؤخذ بقلعه ولا يترك لأنه قد كان يقدر على الاستظهار لنفسه في استزادة المدة
خوفاً مما عساه يحتمل من أسباب سماوية فلو لم يأخذ لنفسه فرصة صار مفراطاً ،

أما الحال الثانية : وهو أن يعلم بجارى العادة أن مثل ذلك الزرع لا يستحصد
في مثل تلك المدة ، مثل أن يستأجرها أربعة أشهر لزرعها برأ أو شعيراً فهذا إما :
(أ) أن يشترط قلعه عند انقضاء المدة ، فهذه اجارة جائزة ، لأنه قد يريد
زرعه قصيلاً ولا يريد حبا ، فإذا انقضت المدة أخذ بقلعه زرعه وقطعه .
(ب) أن يشترط تركه إلى وقت حصاده فهذا اجارة فاسدة ، لان اشتراط

استيفاء الزرع بعد مدة الإجارة ينافي موجبها فبطالت ، ثم لازارع استيفاء زرعه وقت حصاده ؛ وإن بطلت الإجارة ، ولا يؤخذ بقلم زرعه لأنه زرع عن إذن اشترط فيه الترك وعليه أجره المثل ، والفرق بين هذه المسألة في استيفاء الزرع مع فساد الإجارة وبين أن يؤخذ بقلمه فيما تقدم من الأحوال والأقسام مع صحة الإجارة أن الإجارة إذا بطلت روعي الاذن دون المدة ، وإذا صححت روعيت المدة (ج) أن يطلق العقد فلا يشترط فيه قاعاً ولا تركاً فقد اختلف أصحابنا هل إطلاقه يقتضي القلم أو الترك ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق المروزي : أنه يقتضي القلم اعتباراً بموجب العقد ؛ فعلى هذا الإجارة صحيحة ، ويؤخذ المستأجر بقلم زرعه عند تقضى المدة (والثاني) وهو ظاهر كلام الشافعي أن الإطلاق يقتضي الترك إلى أن الحصاد اعتباراً بالعرف فيه ، كما أن مالم يبد صلاحه من الثمار يقتضي إطلاق بيعه للترك إلى وقت الجداد اعتباراً بالعرف فيه ، فعلى هذا تكون الإجارة فاسدة ، ويكون المستأجر ترك زرعه إلى وقت حصاده ، وعليه أجره المثل كما لو شرط الترك .

الحال الثالثة : وهو أن يقع الشك في المدة هل يستحصد الزرع فيها ؟ كان استأجرها خمسة أشهر لزرع البر والشعير ، فقد يجوز أن يستحصد الزرع في هذه المدة في بعض البلاد وبعض السفين ، ويجوز أن لا يستحصد فيكون حكم هذه الحال حكم ما علم أنه يستحصد فيه ، على ما مضى إسقاطاً للشك واعتباراً بالبايعين هكذا أفاده الماوردي ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اكترى أرضاً للغراس مدة لم يجز أن يغرس بعد انقضائها ، لأن العقد يقتضي الغرس في المدة فلم يملك بعدها ؛ فإن غرس في المدة وانقضت المدة نظرت ، فإن شرط عليه القلم بعد المدة أخذ بقلمه لما تقدم من شرطه ولا يبطل العقد بهذا الشرط . لأن الذي يقتضيه العقد هو الغراس في المدة ، وشرط القلم بعد المدة لا يمنع ذلك ، وإنما يمنع من التبقية بعد المدة ، والتبقية بعد

المدة من مقتضى الاذن لا من مقتضى العقد ، فلم يبطل العقد بإسقاطها ، فإذا قلع لم يلزمه تسوية الأرض لأنه لما شرط القلع رضى بما يحصل به من الحفر ، فإن أطلق العقد ولم يشترط القلع ولا التبقية لم يلزمه القلع ، لأن تفريغ المستأجر على حسب العادة ، ولما إذا لو اكترى داراً وترك فيها متاعاً وانقضت المدة لم يلزمه تفريغها إلا على حسب العادة في نقل مثله ، والعادة في الغراس التبقية إلى أن يجف ويستقلع .

فإن اختار المكترى القلع نظرت ، فإن كان ذلك قبل انقضاء المدة ففيه وجهان أحدهما : يلزمه تسوية الأرض ، لأنه قلع الغراس من أرض غيره بغير إذنه ، فلزمه تسوية الأرض ، والثاني : لا يلزمه لأنه قلع الغراس من أرض له عليها يد فإن كان ذلك بعد انقضاء المدة لزمه تسوية الأرض وجهاً واحداً لأنه قلع الغراس من أرض غيره من غير إذن ولا بد ، فإن اختار التبقية نظرت ، فإن أراد صاحب الأرض أن يدفع إليه قيمة الغراس ويتملكه أجبر المكترى على ذلك لأنه يزول عنه الضرر بدفع القيمة ، فإن أراد أن يقلعه نظرت ، فإن كانت قيمة الغراس لا تنقص بالقلع أجبر المكترى على القلع ، لأنه لا ضرر عليه في القلع ، فإن كانت قيمة الغراس تنقص بالقلع ، فإن ضمن له أرش مانقص بالقلع أجبر عليه ، لأنه لا ضرر عليه بالقلع مع دفع الأرش ، فإن أراد أن يقلع ولا يضمن أرش النقص لم يجبر المكترى .

وقال المزني : يجبر لأنه لا يجوز أن ينتفع بأرض غيره من غير رضاه ، وهذا خطأ ، لأن في قلع ذلك من غير ضمان الارش إضراراً بالمكترى ، والضرر لا يزال بالضرر ،

فإن اختار أن يقر الغراس في الأرض ويطالب المكترى بأجرة المثل أجبر المكترى ، لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمكترى بالقلع من غير ضمان ، لا يجوز الإضرار بالمكترى بإبطال منفعة الأرض عليه من غير أجرة ، فإن أراد المكترى أن يبيع الغراس من المكترى جاز ، وإن أراد بيعه من غيره ففيه وجهان ، وقد بيناهما في كتاب العارية ، فإن اكترى بشرط التبقية بعد المدة جاز ، لأن إطلاق

العقد يقتضى النبقية فلا يبطل بشرطها ، والحكم في القلع والتبقية على ما ذكرناه فيه اذا أطلق العقد .

(فصل) فإن اكرى أرضا بإجارة فاسدة وغرس كان حكمها في القلع والاقرار على ما بيناه في الاجارة الصحيحة لان الفاسد كالصحيح فيها يقتضيه من القلع والاقرار فكان حكمهما واحدا ، وبالله التوفيق

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : وان قال اغرسها وازرعها ما شئت قال كراء جائز ، قال المزنى : أولى بقوله ألا يجوز هذا لانه لا يدري يغرس أكثر فيكثر الضرر على صاحبها أو لا يغرس

وهذه العبارة تشتمل على ثلاث مسائل ، احدها ان يقول : أجرتكما لتزرعها ان شئت أو تغرسها ان شئت فالاجارة صحيحة ، وهو خير بين زرعها ان شاء وبين غرسها ، فان زرع بعضها وغرس بعضها جاز ، لانه لما جاز له غرس الجميع كان غرس البعض أولى بالجواز .

الثانية ان يقول : قد أجرتكما لتزرعها أو تغرسها ، فالاجارة باطلة ، لانه لم يجعل له الامرين معاً ، ولا أحدهما معينا ، فصار ما أجره له مجهولا
الثالثة ان يقول : قد أجرتكما لتزرعها وتغرسها ففيه وجهان (أحدهما) وهو مذهب المزنى أن الاجارة باطلة ، لانه لما لم يخيره بين الامرين وجمع بينهما صار ما يزرع منها ويغرس مجهولا ، وهذا قول أبى اسحاق المروزي (والثاني) وهو ظاهر كلام الشافعى . وقال ابن أبى هريرة : ان الاجارة صحيحة وله أن يزرع النصف ويغرس النصف لان جمعه بين الامرين يقتضى التسوية بينهما ، فلو زرعها جميعا جاز ، لان زرع النصف المأذون في غرسه أقل ضررا ، ولو غرسها جميعا لم يجوز لان غرس النصف المأذون في زرعها أكثر ضررا

قال الشافعى رضى الله عنه : وان انقضت سنوه لم يكن لرب الارض أن يقلع الغراس حتى يعطيه قيمته وقيمة ثمرته ان كانت فيه يوم نقله ، ولرب الارض الغراس ان شاء أن نقله على أن عليه ما نقص من الارض ، والغراس كالبناء اذا كان باذن مالك الارض مطلقا .

قال المزنى : القياس عندى أنه إذا حدث له أجلا يغرس فيه فأنقضى الأجل وأذن له أن يبني في عرصه له ، فأنقضى الأجل فلا أرض والعرصه بعد انقضاء الأجل مردودان .

وصورتها فيمن استأجر أرضا ليبنى فيها ويغرس فأنقضى الأجل والبناء والغراس قائم في الأرض فليس له بعد انقضاء الأجل أن يحدث بناء ولا غرسا ، فإن فعل كان متعديا وأخذ بقلع ما أحدثه بعد الأجل من غرس وبناء ، فأما القائم في الأرض قبل انقضاء الأجل فلا يخلو حالهما فيه عند العقد من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يشترطا قلعه عند انقضاء المدة فيؤخذ المستأجر بقاع غرسه وبناءه لما تقدم من شرطه ، وليس عليه تسوية ما حدث من حفر الأرض لأنه مستحق بالعقد

(الثانية) أن يشترطا تركه بعد انقضاء المدة فيقر ولا يفسد العقد بهذا الشرط لأنه من موجباته لو أخل بالشرط وبصير بعد انقضاء المدة مستعيرا على مذهب الشافعى فلا يلزمه أجره ، وعلى مذهب المزنى عليه الأجرة ما لم يصرح له بالعارية فإن قلع المستأجر غرسه وبناءه لزمه تسوية ما حدث في حفر الأرض لأنه لم يستحقه بالعقد ؛ وإنما استحقه بالملك ، وهذا قول جميع أصحابنا وإنما اختلفوا في تعليقه فقال بعضهم : العلة فيه أنه لم يستحقه بالعقد ، وهو التمايل الذى ذكرناه فعلى هذا لو قلعه قبل انقضاء المدة لآلزمه تسوية الأرض .

والحال الثالثة : أن يطلق العقد فلا يشترطا فيه قلعه ولا تركه فينظر ، فإن كانت قيمة الغرس والبناء مقلوعا كقيمته قائما أخذ المستأجر بقلعه لأنه لا ضرر يلحقه فيه ولا نقص . وإن كانت قيمته مقلوعا أقل من قيمته قائما وهو الأغلب نظر ، فإن بذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء قائما ، أو ما بين قيمته مقلوعا لم يكن للمستأجر تركه ؛ لأن ما يدخل عليه من الضرر بقلعه يزول ببذل القيمة أو النقص . وقيل : لا يجبرك على أخذ القيمة ولكن يخيرك بين أن تقلعه أو تأخذ قيمته وليس لك إقراره وتركه ، وإن لم يبذل رب الأرض قيمة الغرس والبناء ولا قدر النقص نظر في المستأجر ، فإن امتنع من بذل أجره المثل بعد تفضي

المدة لم يكن له إقرار الغرس والبناء وأخذ بقلعه، وإن بذل له أجره المثل مع امتناع رب الأرض من بذل القيمة أو النقص، فذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن الغرس والبناء مقرران لا يؤخذ المستأجر بقلعهما ولا يجبر رب الأرض بعد انتهاء المدة على تركهما استدلالاً بما ذكره المزي من قول الله تعالى «إلا أن تكون تجارة عن تراض» وليس من رب الأرض رضى بالترك فلم يجبر عليه، ولأنه لما أخذ بقاع زرعته عند انقضاء المدة لم يقر إلى أوان حصاده مع أن زمان حصاده محدود، فلأن يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع الجهل بزمانها أولى، ولأن تحديد المدة يوجب اختلاف الحكم في الاستيفاء كما أوجب اختلاف الحكم في إحداث الغرس والبناء، وهذا المذهب أظهر حجاً وأصح اجتهاداً.

واستدل أصحابنا على تركه وإقراره بقوله صلى الله عليه وسلم «ليس لعرق ظالم حق»، رواه أبو داود والدارقطني عن عروة بن الزبير مرسلاً؛ فاقتضى ذلك وقوع الفرق بين الظالم والمحق، فلم يجز أن يسوى بينهما في الأخذ بالقلع. قالوا ولأن من أذن لغيره في إحداث حق في ملك كان محمولاً فيه على العرف المعمود في مثله كمن أذن لجاره في وضع أجزاءه في جداره كان عليه تركه على الدوام، ولم يكن له أخذه بقلعهما، لأن العادة جارية باستدامة تركهما، كذلك الغرس والبناء العادة فيهما جارية بالترك والاستبقاء دون القام؛ والتناول محمول على العادة. وهذا الاستدلال يفسد بالزرع لأن العادة جارية بتركه إلى أوان حصاده، ثم هي غير معتبرة حين يؤخذ بقلعه.

(فرع) وإذا كانت الاجارة فاسدة فبني المستأجر فيها وغرس أو زرع فهو في الاقرار والترك على ما ذكرنا في الاجارة الصحيحة، لأن الفاسد في كل عقد حكمه حكم الصحيح في الامانة والضمان. والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب بما يوجب فسخ الإجارة)

إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيباً جاز له أن يرد ، لأن الإجارة كالبيع ، فإذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستأجر ، وله أن يرد بما يحدث في يده من العيب ، لأن المستأجر في يد المستأجر كالبيع في يد البائع ، فإذا جاز رد المبيع بما يحدث من العيب في يد البائع ، جاز رد المستأجر بما يحدث من العيب في يد المستأجر .

(فصل) والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة ، كتعثر الظهر في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة وضعف البصر والجذام والبرص في المستأجر للخدمة ، وانهدام الحائط في الدار ، وانقطاع الماء في البئر والعين والتغير الذي يمتنع به الشرب أو الوضوء وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة .

وأما إذا اكترى ظهراً فوجده خشين المشي لم يرد ، لأن ذلك لا تنقص به المنفعة . وإن اكترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يحز له الرد ؛ وإن اكترى حماماً فتعذر عليه ما يوقده لم يحز له الرد ، لأن المعقود عليه باق ، وإنما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره فلم يحز له الرد ، كما لو اشترى ظهراً للحج عليه فعجز عن الحج لمرض أو ذهاب المال ، وإن اكترى أرضاً للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يحز له الرد لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض فلم يحز له الرد ، وإن اكترى داراً فتشعثت فبادر المكري إلى إصلاحها لم يكن المستأجر ردها لأنه لا يلحقه الضرر ، فإن لم يبادر ثبت له الفسخ لأنه يلحقه ضرر بنقصان المنفعة ، فإن رضى سكنها ولم يطالب بالإصلاح فهل يلزمه جميع الاجرة أم لا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يلزمه جميع الاجرة لأنه لم يستوف جميع ما استحقه من المنفعة فلم يلزمه جميع الاجرة ، كما لو اكترى داراً سنة فسكنها بعض السنة ثم غصبت (والثاني) يلزمه جميع الاجرة لأنه استوفى جميع المعقود عليه ناقصاً بالعيب

فلزمه جميع البذل ، كما لو اشترى عبدا فتلفت يده في يد البائع ورضى به .
(فصل) ومتى رد المستأجر العين بالعيب ، فإن كان العقد على عينها انفسخ العقد ، لانه عقد على معين فانفسخ برده ، كبيع العين . وإن كان العقد على موصوف في الذمة لم ينفسخ العقد برد العين ، بل يطالب ببذله ، لان العقد دلي ما في الذمة ، فاذا رد العين رجع الى ما في الذمة ، كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده .

(فصل) وإن استأجر عبدا فمات في يده ، فإن كان العقد على موصوف في الذمة طالب ببذله لما ذكرناه في الرد بالعيب ، وإن كان العقد على عينه فإن لم يرض من المدة ما له أجرة انفسخ العقد . وقال أبو ثور من أصحابنا : لا ينفسخ ، بل يلزم المستأجر الاجرة لانه هلك بعد التسليم فلم ينفسخ العقد ، كما لو هلك المبيع بعد التسليم فلم ينفسخ العقد ، والمذهب الاول ، لان المعقود عليه هو المنافع ، وقد تلفت قبل قبضها فانفسخ العقد كالمبيع اذا هلك قبل القبض . وإن مضى من المدة ما له أجرة انفسخ العقد فيما بقي بتلف المعقود عليه ، وفيها مضى طريقان :
 (أحدهما) لا ينفسخ فيه العقد قولا واحدا

(والثاني) أنه على قولين بناء على الطريقين في الهلاك الطارىء في بعض المبيع قبل القبض ، هل هو كالهلاك المقارن للعقد أم لا ؟ لان المنافع في الاجارة كالمبيع قبل القبض ، وفي المبيع قبل القبض طريقان فكذلك الاجارة .

(فصل) وإن اكترى دارا فانهدمت فقد قال في الاجارة ينفسخ العقد ، وقال في المزارعة : لا اكترى أرضا للزراعة فانقطع ماؤها ان المكترى بالخيار بين أن يفسخ وبين أن لا يفسخ . واختلف أصحابنا فيهما على طريقين ، فمنهم من نقل جواب كل واحدة من المسألتين الى الاخرى فخرجهما على قولين ، وهو الصحيح (أحدهما) أن العقد ينفسخ فيهما ، لان المنفعة المقصودة هي السكنى والزراعة وقد فأت فانفسخ العقد ، كما لو اكترى عبدا للخدمة فمات .

(والثاني) لا ينفسخ لان العين باقية يمكن الانتفاع بها وإنما نقصت منفعتها فثبت له الخيار كما لو حدث به عيب . ومنهم من قال اذا انهدمت الدار انفسخ

العقد ، وان انقطع الماء من الارض لم يفسخ لان الارض باقية مع انقطاع الماء والدار غير باقية مع الانهدام .

(الشرح) لا يفسخ عقد الاجارة عينية كانت أو في الذمة بنفسها ولا يفسخ أحد العاقدين بالأعذار التي لا توجب خللا في المعقود عليه ، كمن استأجر حماما وتعذر عليه جلب الوقود له ، أو استأجر سيارة وتعذر عليه شراء وقودها ، أو مرض لخال مرضه دون السفر عليها ، أو استأجر بيتا ولم يجد أثاثا يتخذ به فراشا فيها ، ويقاس على هذه الأمثلة كل عذر لا يلحق المعقود عليه خلل في عينه بعبء فيه ، وإذا استأجر دارا فوجد ماء بشرها متغيرا ، قال أبو حنيفة : إن استطيع الوضوء به فلا خيار للمستأجر . وعندنا أنه إن خالف معهود الآبار في تلك الناحية فله الخيار : فإن كان معهودهم الشرب من آبارهم — فإذا كان غيره يمنع من شربه — فله الخيار : وإن أمكن الوضوء منها ، وإن كان معهودهم ألا يشربوا منها فلا خيار ، وإن كان غير معهود في ذلك الوقت — فإن كان مع نقصانه كافيا لما يحتاج المستأجر من شرب أو طهور ، فلا خيار له ، وإن كان مقصرا عن الكفاية فله الخيار .

فأما رجاء الحصول على الماء إذا تغير ماؤه فلا خيار لمستأجره ، ولو نقص ماؤه فله الخيار إلا أن يكون معهودا في وقته فلا خيار فيه

قال الشافعي : وإذا اكترى الرجل الارض من الرجل بالكراء الصحيح ثم أصابها غرق منعه الزرع أو ذهب بها سيل أو غصبها فحبل بينه وبينها سقط عنه الكراء من يوم أصابها ذلك ، وهي مثل الدار يكثر بها سنة ويقبضها فتم — دم في أول السنة أو آخرها ، والعبد يستأجره السنة فيموت في أول السنة أو آخرها فيكون عليه من الاجارة بقدر ما سكن واستخدم ويسقط عنه ما بقي ، وإن أكرأه أرضا بيضاء يصنع فيها ما شاء ، أو لم يذكر أنه اكترأها للزرع ثم انحسر الماء عنها في أيام لا يدرك فيها زرع ، فهو بالخيار بين أن يأخذ ما بقي بحصته من الكراء أو يرده لأنه قد انتقص مما اكترى . وكذلك إن اكترأها للزرع ، وكرأها للزرع أبين في أن له أن يردها إن شاء ، وإن كان مر بها ماء فآفسد زرعها أو أصابه

حريق أو ضرب^(١) أو جراد أو غير ذلك فهذا كله جائحة على الزرع لا على الأرض فالكراء له لازم ، فإن أحب أن يحدد زرعاً جرده إن كان ذلك يمكنه ، وإن لم يمكنه فهذا شيء أصيب به في زرعه لم تصب به الأرض فالكراء له لازم ، وهذا مفارق للجائحة في الثمرة يشترطها الرجل فتصيبها الجائحة في يديه قبل أن يمكنه جدادها . ومن وضع الجائحة ثم ابتغى أن لا يضعها همنا ، فإن قال قائل : إذا كاننا جائحتين فما بال إحداهما توضع والآخرى لا توضع ، فإن من وضع الجائحة الأولى فإنما يضعها بالخبر ، وبأنه إذا كان البيع جائزاً في شراء الثمرة إذا بدا صـلاحها وتركها حتى تجدد فإنما ينزلها بمنزلة الكراء الذي يقبض به الدار ثم تمر به أشهر ثم تنلف الدار فيسقط عنه الكراء من يوم تلفت . اهـ

وقد اختلف أصحابنا في الفساد الطارىء على المستأجر - بفتح الجيم - على حسب اختلافهم في الفساد الطارىء على بعض الصفقة ، هل يكون كلفساد المقارن للعقد ؟ فقال بعض أصحابنا هما سواء ، فيكون بطلان الاجارة فيما مضى من المدة على قوانين من تفريق الصفقة .

وقال آخرون : ان الفساد الطارىء على العقد مخالف للفساد المقارن للعقد ، فتكون الاجارة فيما مضى من المدة غير فاسدة قولاً واحداً . فإن قيل يبطلان الاجارة فيما مضى من المدة لزم المستأجر أجرة المثل في الماضي دون المسمى . وإن قيل بصحة الاجارة فيما مضى فقد اختلف أصحابنا هل له الخيار في فسخه أم لا ؟ على وجهين (أحدهما) لا خيار له لفواته على يده ، فعلى هذا ان كانت أجرة السنة كلها متساوية لتساوى العمل فيها فعليه نصف الاجرة المسماة لاستيفاء نصف العمل المستحق بنصف السنة المسماة

وإن كان العمل فيها مختلفاً والاجرة فيه مختلفة مثل أن تكون أجرة النصف الماضي من السنة مائة درهم وأجرة النصف الباقي خمسين درهماً تسطت الاجرة على العمل المختلف دون المدة ، وكان على المستأجر ثلثي ثلث الاجرة بمضى نصف المدة لأنها تقابل ثلثي العمل

(١) الضريب يقال للئلاج الدائب ولسموم الماء انشفه الأرض . هكذا في القاموس

(والوجه الثاني) أن له الخيار لتفريق الصفقة عليه بين المقام على الإجارة فيما مضى وبين فسخها فيه ، فإن أقام على الماضي ازمه من الأجرة ما ذكرناه من الحساب والقسط ، وكان بعض أصحابنا يخرج قولاً آخر أن يقيم بجميع الأجرة وإلا فسخ ، وهو قول من يجعل الفساد الطارىء كالفساد المقارن ، وإن فسخ الإجارة في الماضي ازمه فيه أجرة المثل ، لأن الفسخ قد رفع العقد فسقط حكم المسمى فيه .

(فرع) وجملة بيان هذه الفصول أن من استأجر عيناً مدة فحبل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة .

(أحدها) أن تتلف العين كنفوق دابة فهذا على ثلاثة أضرب ، أحدها : أن تتلف العين قبل قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه ، لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه فأشبهه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه .

(والثاني) أن تتلف عقيب قبضها ، فإن الإجارة تنفسخ أيضاً ويسقط الأجر عند عامة الفقهاء إلا أبا ثور حكى عنه أنه قال : يستقر الأجر ، لأن المعقود عليه أتلف بعد قبضه أشبه المبيع ، وهذا غلط ، لأن المعقود عليه المنافع ، وقبضها استيفائها أو امتلاك من استيفائها ، ولم يحصل ذلك فأشبهه تلفها قبل قبض العين

(والثالث) أن تتلف بعد مضى شيء من المدة ، فإن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة دون ما مضى ، ويكون للمؤجر من الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة ، هذا معنى ما نقلناه من الأم قبل . وقال أحمد فيها رواه عنه إبراهيم بن الحارث : إذا اشترى بعيراً بعينه فنفق البعير يعطيه بحساب ما ركب ، وذلك لما ذكرنا من أن المعقود عليه المنافع ، وقد تلف بعضها قبل قبضه فبطل العقد فيما تلف دون ما قبض ، كما لو اشترى صبرتين فقبض إحداها وتلفت الأخرى قبل قبضها .

فإن كان المستأجر مختلف الأجر حسب اختلاف الأزمان كدار بسيف البحر أيجارها صيفاً أكثر من أجرها شتاء ، أو دار بأسوان أجرها شتاء أكثر من أجرها صيفاً أو دار لها موسم كدور مكة شرفها الله رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة

ويقسط الأجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الأعيان المختلفة في البيع ؛ وكذلك لو كان الأجر على قطع المسافة وكانت معروفة بالأميال أو الكيلو مترات .

القسم الثاني : أن يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت وأرض غرقت أو انقطع عنها الماء فهذه ينظر فيها فإن لم يبق فيها نفع أصلاً فهي كالتالفة سواء ، وإن بقي فيها نفع غير ما استأجرها له انفسخت إلا في انقطاع الماء لأنه لم يحدث في المعقود عليه خلال يفسد العقد فأشبه ما لو نقص نفعها مع بقائه ، فهو مخير بين الفسخ والامضاء ، فإن فسخ فعليه ما مضى من العقد ، وإن اختار إمضاءه فعليه جميع الأجر لأن العيب إذا رضى به سقط حكمه .

فإذا انهدمت الدار أو مرض الخادم ، فإن الإجارة لا تنفسخ لبقاء المعقود عليه ، ولكن المستأجر بالخيار لأجل العيب الحادث المؤثر في منفعته بين المقام والفسخ ، والخيار فيه على التراخي لا على الفور بخلاف الخيار في البيع لأنه يتجدد بمرور الأوقات لحدوث النقص فيها فإن كان مرض الخادم مرضاً لا يؤثر في العمل نظر فيما استؤجر له من العمل ، فإن كان مما لا تعاف النفس مرضه فيه كالكنس والرعى وحرث الأرض فلا خيار للمستأجر ، وإن كان مما تعاف النفس مرضه فيه كخدمته في ما كله ومشربه وملبسه فله الخيار .

وقال النووي في الدار : تنفسخ بهدمها . وقال شمس الدين الرملي : في الأصح وإن كانت الإجارة في دار حرث شارعها أو دكان بطلت سوقه فلا خيار له لأنه عيب حدث في غير المعقود عليه ، فإذا استأجر داراً فانهدم فيها حائط أو سقط فيها سقف نظر ، فإن لم يمكن سكى الدار بانهدام حائطها وسقوط سقفها كان كالموت انهدم جميعها في بطلان الإجارة فيها ، وإن أمكن سكناها لم تبطل الإجارة وكان مخيراً في الفسخ للعيب الحادث . وأما إن انهدم نصفها وبقي نصفها والباقي منها يمكن سكناه بطلت الإجارة في النصف المنهدم ، وهي صحيحة في النصف السليم والمستأجر بالخيار ، ومن جعل من أصحابنا الفساد الطارىء على بعض الصفقة كالفساد المقارن للصفقة خرج الإجارة فيها سلم من الدار على قولين .

(فرع) فإذا انهدمت الدار فبناها المؤجر لم تعد الاجارة فيها بعد فسادها إلا بعقد جديد ؛ لأن بطلانه يمنع من عوده إلا باستحداث عقد ولكن لو اشتركت وتشعبت فلم يختار المستأجر الفسخ حين عمرها المؤجر ففي خيار المستأجر وجهان أحدهما : قد سقط لارتفاع موجب ، والثاني : أنه باق بحاله لما تقدم من استحقاقه ولكن له لو رام المؤجر أن يمنع المستأجر من الفسخ حتى يعمرها له لم يكن ذلك للمؤجر ، وكان المستأجر على خيار .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو أكرى أرضاً سنة فغصبها رجل لم يكن عليه كراه لأنه لم يسلم له ما أكرى ، قلت : ومن هنا نعلم أن الأرض إذا غصبت من يد المستأجر فله الفسخ ، وهل تبطل الاجارة بالغصب ؟ على قولين . أصحهما : باطلة ، والمستأجر بريء من أجرة مدة الغصب ، ولا يكون المستأجر خصماً للغاصب فيها ، لأن خصم الغاصب إنما هو المالك أو وكيله وليس المستأجر مالكا ولا وكيلاً فلم يكن خصماً .

والقول الثاني : أن الاجارة لا تبطل لأن غاصبها ضامن لمنافعها لكن يكون المستأجر بحدوث الغصب مخيراً بين المقام أو الفسخ فان فسخ سقطت عنه الاجارة ولم يكن خصماً للغاصب فيها ، وإن أقام فعليه المسمى ويرجع بأجرة المثل على الغاصب وبصير خصماً له في الاجرة دون الرقبة ، إلا أن يبقى من مدة الاجارة شيء فيجوز أن يصير خصماً في الرقبة ليستوفي حقه من المنفعة والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن أكرى نفسه فهرب أو أكرى عيناً فهرب بها نظرت ، فان كانت الاجارة على موصوف في الذمة استؤجر عليه من ماله كما لو أسلم اليه في شيء فهرب ، فانه يبتاع عليه المسلم فيه ، وإن لم يمكن الاستئجار عليه ثبت للمستأجر الخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر ، لأنه تأخر حقه فيثبت له الخيار ، كما لو أسلم في شيء فتمذر ، وإن كانت الاجارة على عين فهو بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر ، لأنه تأخر حقه فثبت له الخيار ، كما لو ابتاع عبداً فأبق قبل القبض ؛ فان لم يفسخ نظرت ، فان كانت الاجارة على مدة انفسخ العقد بمضى المدة يوماً بيوم

لأن المنافع تنلف بمضى الزمان فانفسخ العقد بمضيه ، وإن كانت على عمل معين لم يفسخ لأنه يمكن استيفاءه إذا وجد

(فصل) وإن غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر — فإن كان العقد على موصوف في الذمة — طوالب المؤجر بإقامة عين مقامها على ما ذكرناه في حرب المكري ، وإن كان على العين للمستأجر أن يفسخ العقد ، لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ ، كما لو ابتاع عبداً فغصب فإن لم يفسخ — فإن كانت الإجارة على عمل — لم تنفسخ لأنه يمكن استيفاءه إذا وجد ، وإن كانت على مدة فانقضت ففيه قولان :

(أحدهما) يفسخ العقد فيرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ، ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل

(والثاني) لا يفسخ ، بل يخير المستأجر بين أن يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى ، ثم يرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل ، وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب بأجرة المثل ، لأن المنافع تلفت في يد الغاصب ، فصار كالمبيع إذا أتلفه الاجنبي . وفي المبيع قولان إذا أتلفه الاجنبي فكذلك ههنا .

(فصل) وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة على إرضاعه فالمنصوص أنه يفسخ العقد ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه ، لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع فبطل . ومن أصحابنا من خرج فيه قول آخر أنه لا يفسخ ، لأن المنفعة باقية ، وإنما هلك المستوفى فلم يفسخ العقد ، كما لو استأجر داراً فمات ، فعلى هذا إن تراضيا على إرضاع صبي آخر جاز . وإن تشاحا ففسخ العقد ، لأنه تعذر إمضاء العقد ففسخ

(فصل)

وإن استأجر رجلاً ليقطع له ضرساً فسكن الوجع ، أو ليكحل عينه فبرئت ، أو ليقترض له فعفا عن القصاص ، انفسخ العقد على المنصوص في المسئلة قبلها ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ ، كما لو تعذر بالموت ، ولا يفسخ على قول من خرج القول الآخر .

(الشرح) إذا هرب الاجير أو شردت الدابة المستأجرة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها ، أو منعه استيفاء المنفعة من غير هرب على نحو ما ، لم تنفسخ الاجارة ، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، فان فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضى المدة يوما فيوما ، فان عادت العين في أثناء المدة استوفى ما بقي منها ، فإن انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه ، وإن كانت الاجارة على موصوف في الذمة ، كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل الى موضع معين استؤجر من ماله من عمله ، كما لو أسلم لليه في شيء فهرب ابتيع من ماله ، فان لم يمكن ثبت للمستأجر الفسخ ، فان فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ وصبر الى أن يقدر عليه فله مطالبة بالعمل ، لان ما في الذمة لا يفوت بهربه ، وكل موضع امتنع الاجير من العمل فيه ، أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق ؛ إلا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمل — إن لم يكن على مدة — قبل فسخ المستأجر ، فيكون له أجر ما عمل .

فأما ان شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الاجر بقدر ما استوفى بكل حال ، وإلى هذا ذهب الحنابلة

(فرع) إذا غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر ففيه قولان : أحدهما للمستأجر الفسخ لان فيه تأخير حقه ، فان فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء ، وإن لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى ، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل ، لان المعقود عليه لم يفت مطلقا بل الى بدل وهو القيمة ، فأشبهه ما لو أتلّف الثرة المبيعة آدمى قبل قطعها ، ويخرج انفساخ العقد بكل حال على القول بأن منافع الغصب لا تضمن ، وهو محل خلاف بين أصحابنا ، وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب أحمد .

(والثاني) لا تخيير ، بل ينفسخ ويرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل

وقول ثالث لم يذكره المصنف ، وهو قول ابن الرفعة : لا خيار ولا فسخ
أخذاً من النص ؛ وقد استشهد له الغزى . قال الرملى : فيه نظر . وقال الأذرعى
هو مشكل وما أظن الاصحاب يسمعون به

وإن كانت الإجارة على عمل في الذمة كخياطة ثوب أو حمل شيء إلى موضع
معين فغصبت المالكينة التي يخطط بها ، أو العربة التي يحمل عليها لم يفسخ العقد
وللمستأجر مطالبة الأجير بعوض المصنوع وإقامة من يعمل العمل ، لأن العقد
على ما في الذمة ، كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فردّه ، فإن تعذر البديل ثبت
للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المصنوعة فيستوفي منها
(فرع) وتفسخ الإجارة بموت الطفل ، لأنه يتعذر استيفاء العقود عليه
لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن
باختلافهم ، فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر ، وهذا هو منصوص
الشافعى ، فإذا انفسخ العقد بطلت الإجارة من أصلها بالأجر كله . وإن كان في
أثناء المدة رجع بحصة ما بقى .

ومن أصحابنا من خرج قولاً آخر أنه لا يفسخ ، لأن المنفعة باقية ببقاء
المرضعة وإنما المستوفى هو الذى هلك والعقد باق بين المتعاقدين فإذا تراضيا على
ارضاع صبي آخر جاز وإلا انفسخ العقد .

أما إذا ماتت المرضعة فإن الإجارة تنفسخ لفوات المنفعة بهلاك محملها ،
وحكى عن بعض أصحاب أحمد أنها لا تنفسخ ، وكذلك ذهب بعض الاصحاب
وقالوا : يجب فى مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لأنه كالدين .

(فرع) يجوز أن يستأجر طبيباً يخلع له ضرسه لأنها منفعة مباحة مقصودة
لجاز الاستئجار على فعلها كالحثان ، فإذا برأ الضرر قبل قلعه انفسخت الإجارة
لأن قلعه سليماً لا يجوز ، وإن لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه
لأن إتلاف جزء من الأذى محرم فى الأصل ، وإنما أبيع القلع إذا صار بقاؤه
ضرراً ، والأمر مفوض الى الإنسان فى نفسه إذا كان أهلاً لذلك . وصاحب
الضرر أعلم بمضرته ومنفعته ، وكذلك . وإذا استأجر طبيباً فى الرمد لم يحل
عينه بالنترات والاكاسيد فلم يبرأ عينه استحق الأجر ، وبه قال أكثر الفقهاء .

وقال مالك : إنه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه ، ولم يحك ذلك أصحابه ، وهو فاسد ، لأن المستأجر قد وفى العمل الذى وقع العقد عليه فوجب له الاجر وإن لم يحصل الغرض ، كما لو استأجره لبناء حائط يوماً أو لخياطة قميص فلم يتمه فيه فإن برئت عينه فى أثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى من المدة ؛ لأنه قد تعدى العمل فاشبهه ما لو حجر عنه أمر غالب ، وكذلك لو مات ، فإن امتنع من العلاج فلم يستعمله مع بقاء المرض استحق الطبيب الاجر بمضى المدة ، كما لو استأجره يوماً للبناء فلم يستعمله فيه ، فأما إن شارطه على البرء فإن مذهبنا ومذهب أحمد ابن حنبل أن ذلك يكون جمالة فلا يستحق شيئاً حتى يتحقق البرء ، سواء وجد قريباً أو بعيداً ، فإن برى بغير دوائه أو تعذر علاجه لموته أو غير ذلك من الموانع التى هى من جهة المستأجر فله أجر مثله ، كما لو عمل العامل فى الجمالة ثم فسخ العقد ، وإن امتنع لا مرم من جهة المالك أو غير المالك فلا شيء له على تفصيل سياتى فى الجمالة إن شاء الله .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن مات الاجير فى الحج قبل الإحرام نظرت ، فإن كان العقد على حج فى الذمة استؤجر من تركته من يحج ؛ فإن لم يمكن ثبت للمستأجر الخيار فى فسخ العقد كما قلنا فى السلم ؛ وإن كان على حجه بنفسه انفسخ العقد ، لأنه تلف المعقود عليه قبل القبض ، فإن مات بعد ما أتى بجميع الأركان وقبل المبيت والرمى سقط الفرض لأنه أتى بالأركان ، ويجب فى تركته الدم لما بقى كما يجب ذلك فى حج نفسه .

وإن مات بعد الإحرام وقبل أن يأتى بالأركان فهل يجوز أن يبني غيره على عمله ؟ فيه قولان ، قال فى القديم : يجوز لأنه عمل تدخله النيابة لجواز البناء عليه كسائر الأعمال . وقال فى الجديد : لا يجوز ، وهو الصحيح ، لأنه عبادة يفسد أولها بفساد آخرها فلا تنادى بنفسين كالصوم والصلاة ، فإن قلنا لا يجوز البناء فإن كانت الإجارة على عمل الاجير بنفسه بطلت ، لأنه فات المعقود عليه ويستأجر المستأجر من يستأنف الحج .

وإن كانت الإجارة على حج في الذمة لم تبطل ، لأن المعقود عليه لم يفت بموته ، فإن كان وقت الوقوف باقيا استؤجر من تركته من يحج ، وإن فات وقت الوقوف فلا مستأجر أن يفسخ لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ .

وإن قلنا : يجوز البناء على فعل الأجير ؛ فإن كانت الإجارة على فعل الأجير بنفسه ، بطلت لأن حجه فات بموته ، فإن كان وقت الوقوف باقيا أقام المستأجر من يحرم بالحج ويبني على عمل الأجير ، وإن كان بعد فوات وقت الوقوف أقام من يحرم بالحج ويتم .

وقال أبو إسحاق : لا يجوز للباني أن يحرم بالحج ، لأن الإحرام بالحج في غير أشهر الحج لا ينعقد ، بل يحرم بالعمرة ويتم ، والصحيح هو الأول لأنه لا يجوز أن يطوف في العمرة ويقع عن الحج ، وقوله : إن الإحرام بالحج لا ينعقد في غير أشهر الحج لا يصح ؛ لأن هذا بناء على إحرام حصل في أشهر الحج ، وإن كانت الإجارة على حج في الذمة استؤجر من تركه الأجير من يبني على إحرامه على ما ذكرناه .

(فصل) ومتى انفسخ العقد بالهلاك أو بالرد بالعيب أو بتعذر المنفعة بعد استيفاء بعض المنفعة قسم المسمى على ما استوفى وعلى ما بقي ، فاقابل المستوفى استقرار ، وما قابل الباقي سقط ، كما يقسم الثمن على ما هلك من المبيع وعلى ما بقي ، فإذا كان ذلك مما يختلف رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة ، وإن كان العقد على الحج فوات الأجير أو أحصر نظرت ، فإن كان بعد قطع المسافة وقبل الإحرام ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق : إنه لا يستحق شيئاً من الأجرة بناء على قوله في الام : إن الأجرة لا تقابل قطع المسافة وهو الصحيح ، لأن الأجرة في مقابلة الحج وابتداء الحج من الإحرام وما قبله من قطع المسافة تسبب إلى الحج وليس بحج فلم يستحق في مقابلته أجرة كالأجير رجلاً لينجز له فأحضر الآلة وأوقد النار ومات قبل أن ينجز .

(والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي بكر الصيرفي أنه يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة بناء على قوله في الاملاء أن الأجرة تقابل قطع المسافة والعمل لأن الحج لا يتأدى إلا بهما فقسطت الأجرة عليهما .

وان كان بعد الفراغ من الاركان وقبل الرمي والمبيت ففيه طريقان : أحدهما يلزمه أن يرد من الاجرة بقدر ما ترك قولاً واحداً لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله : كما لو استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى تسعة ، ومنهم من قال : فيه قولان .

(أحدهما) يلزمه لما ذكرناه (والثاني) لا يلزمه لان ما دخل على الحج من النقص بترك الرمي والمبيت جبره بالدم ، فصار كما لو لم يتركه ، وان كان بعد الاحرام وقبل أن يأتي بباقي الاركان ففيه قولان (أحدهما) لا يستحق شيئاً كما لو قال من رد عبدي الأبق فله دينار فرده رجل الى باب البلد ثم هرب (والثاني) أنه يستحق بقدر ما عمله وهو الصحيح ، لأنه عمل بعض ما استؤجر عليه فأشبهه اذا استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات .
فاذا قلنا : أنه يستحق بعض الاجرة فهل تقسط الاجرة على العمل والمسافة أو على العمل دون المسافة ؟ على ما ذكرناه من القولين .

(فصل)

وان أجر عبداً ثم أعتقه صح العتق لانه عقد على منفعة فلم يمنع العتق كما لو زوج أمته ثم أعتقها ، ولا تنفسخ الاجارة كما لا ينفسخ النكاح ، وهل يرجع العبد على مولاه بالاجرة ؟ فيه قولان ، قال في الجديد : لا يرجع وهو الصحيح ، لانها منفعة استحققت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببطلانها بعد العتق كما لو زوج أمته ثم أعتقها ، وقال في القديم : يرجع لانه فوت بالاجارة ماله من منفعته بالعتق ، فوجب عليه البدل . فان قلنا يرجع بالاجرة كانت نفقته على نفسه لانه ملك بدل منفعته فكانت نفقته عليه ، كما لو أجر نفسه بعد العتق ، وان قلنا : لا يرجع بالأجره ففي نفقته وجهان .

(أحدهما) أنها على المولى ، لانه كالباقي على ماله بدليل أنه يملك بدل منفعته بحق المالك ، فكانت نفقته عليه .

(والثاني) أنها في بيت المال لانه لا يمكن إيجابها على المولى ، لانه زال ملكه عنه ، ولا على العبد لانه لا يقدر عليها في مدة الاجارة ، فكانت في بيت المال .

(الشرح) اذا مات الاجير في أثناء الحج فله أحوال :

- ١ - يموت بعد الشروع في الأركان وقبل الفراغ منها .
- ٢ - أن يموت بعد الشروع في السفر وقبل الأحرام .
- ٣ - أن يموت بعد الفراغ من الأركان وقبل الفراغ من باقي الأعمال .

فأما الأولى وهي الموت بعد الشروع وقبل الفراغ من الأركان ففي استحقاق الأجرة قولان مشهوران أوردهما المصنف هنا (أحدهما) لا يستحق شيئاً لأنه لم يحصل المقصود فهو كما لو قال : من رد ضالتي فله دينار فردته إلى باب الدار ثم هربت أو ماتت فإنه لا يستحق شيئاً ، وأصحهما عند المصنف ، ووافقه النووي والأصحاب يستحق بقدر عمله ، لقيامه بجزء مما استؤجر له فوجب له بقدره كمن استؤجر لقطع عشرة أميال فقطع بعضها أو بناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات فإنه يستحق بقدره بخلاف الجمالة فإنها ليست عقداً لازماً ، وليكنها التزام بشرط فإن لم يوجد الشرط تماماً فإنه لا يلزمه شيء كالطلاق المعلق ، ونقل النووي عن الشيخ أبي حامد والأصحاب القول الأول وهو نص الشافعي في القديم ، والثاني نصه في الجديد والام وهو الأصح .

وسواء مات بعد الوقوف بعرفة أو قبله ففيه القولان ، هذا هو المذهب . وحكي الرافعي وجهاً شاذاً أنه يستحق بعده ، ثم في استحقاقه - إذا قلنا به - هل يكون على الأعمال والمسافة معاً أم على الأعمال فقط ؟ قولان ، أصحهما : على الأعمال والمسافة جميعاً عند الأكثرين ، ومن صححه الرافعي ، وأصحهما عند المصنف وطائفة على الأعمال فقط ، وفي المسألة طريق آخر ساقه النووي عن ابن مريج أنه إن قال : استأجرتك لتخرج عني قسطاً على العمل فقط ، وإن قال : لتخرج من بلد كذا قسطاً عليهما جميعاً ، وحمل القوانين على هذين الحالين .

وأما الحال الثانية : وهي أن يموت قبل الأحرام وبعد الشروع في السفر ، ففيه وجهان مشهوران الصحيح ومنصوص الشافعي في القديم والجديد ، وبه قطع الجمهور : لا يستحق شيئاً من الأجرة لأنه لم يقم بشيء من أعمال الحج ، وليست المسافة بسبب الحج من الحج كما لو أجر خيلاً لخبير لم يستحضر أدواته

وأوقد تنوره ثم مات قبل أن يخبز فلا استحقاق له : وساق النووي تعليلاً غير المصنف بأنه لم يحصل شيئاً من المقصود .

والوجه الثاني وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي بكر الصيرفي : يستحق من الاجرة بقدر ما قطع من المسافة . وحكى الرافعي وجهاً ثالثاً عن أبي الفضل ابن عبدان أنه إن قال : استأجرتك لتخرج من بلد كذا استحق بقسطه ، ثم في البناء على فعل الاجير نظر ، إن كانت إجارة عين انفسخت ولا بناء لورثة الاجير كما لو لم يكن له أن يستنيب ، وهل المستأجر أن يستأجر من يبنى ؟ فيه القولان السابقان في الفرع قبله في جواز البناء ، وإن كانت الاجارة على الذمة ، فإن قلنا : لا يجوز البناء فلورثة الاجير أن يستأجروا من يستأنف الحج عن المستأجر ، فإن أمكنهم في تلك السنة لبقاء الوقت فذاك ، وإن تأخر الى القابل ثبت الخيار في فسخ الاجارة ، فإن جوزنا البناء فلورثة الاجير أن يبنوا .

وأما الحال الثالثة : وهي موته قبل الفراغ من الاعمال بعد أدائه الاركان فينظر ، ان كان قد فات وقتها أو لم يفت ولم يجوز البناء يحجر الباقي بالدم من مال الاجير ، وفي رد شيء من الاجرة الخلاف فيمن أحرم بعد مجاوزة الميعات ولم يعد اليه وجبره بالدم ، المذهب وجوب الرد وإن جوزنا البناء وكان الوقت متسعاً فإن كانت الاجارة على العين انفسخت في الباقي من الاعمال ، ووجب رد ما بقاها من الاجرة ، ويستأجر المستأجر من يرمى ويبيت ، ولا حاجة الى الاحرام لان الرمي والمبيت يؤديان بعد التحلل ، ولا يلزم بذلك دم ولا شيء من الاجرة ، هكذا ذكره المتولي وغيره ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان أجز عينا ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان ، أحدهما : أن البيع باطل لأن يد المستأجر تحول دونه فلم يصح البيع ، كبيع المغصوب من غير الغاصب ، والمرهون من غير المرتهن ، والثاني : يصح لانه عقد على المنفعة فلم يمنع صحته البيع ، كما لو زوج أمته ثم باعها ولا تنفسخ الاجارة كما لا يفسخ النكاح في بيع الأمة المزوجه . وان باعها من المستأجر صح البيع قولاً واحداً

لأنه في يده لا حائل دونه فصيح بيعها منه ، كما لو باع المصوب من الغاصب ، والمرهون من المرتن ، ولا تنفسخ الاجارة بل يستوفى المستأجر المنفعة بالاجارة لأن الملك لا ينافي الاجارة ، والدليل عليه أنه يجوز أن يستأجر ملكه من المستأجر ، فإذا طرأ عليها لم يمنع صحتها ، وإن تلفت المنافع قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ورجع المشتري بالاجارة لما بقي على البائع .

(فصل) فإن أجز عيناً من رجل ثم مات أحدهما لم يبطل العقد ، لأنه عقد لازم فلا يبطل بالموت مع سلامة المعقود عليه كالبيع ، فإن أجز وقفاً عليه ثم مات ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يبطل لأنه أجز ما يملك إجارته فلم يبطل بموته كما لو أجز ملكه ثم مات فعلى هذا يرجع البطن الثاني في تركه المؤجر بأجرة المدة الباقية لأن المنافع في المدة الباقية حق له ، فاستحق أجزتها .

(والثاني) تبطل لأن المنافع بعد الموت حق غيره فلا ينفذ عقده عليها من غير إذن ولا ولاية ، ويخالف إذا أجز ملكه ثم مات ، فإن الوارث يملك من جهة الموروث : فلا يملك ما خرج من ملكه بالاجارة والبطن الثاني يملك غلة الوقف من جهة الواقف ، فلم ينفذ عقد الأول عليه ، وإن أجز صبياً في حجره أو أجز ماله ثم باع ففيه وجهان .

أحدهما : لا يبطل العقد لأنه عقد لازم عقده بحق الولاية فلا يبطل بالبلوغ كما لو باع داره ، والثاني : يبطل لأنه بان بالبلوغ أن تصرف الولي إلى هذا الوقت والصحيح عندي في المسائل كلها أن الاجارة لا تبطل وبالله التوفيق .

(الشرح) قال الماوردي في الحاوي الكبير : فإذا بيعت الدار المستأجرة فذلك ضربان .

أحدهما : أن تباع على المستأجر فالبيع جائز والاجارة بحالها ، وبصير جامعا بين ملك المنفعة بالاجارة والرقبة بالبيع ، والفرق بين أن يرثها المستأجر فتبطل الاجارة وبين أن يبتاعها فلا تبطل أنه بالارث صار قائما مقام المؤجر فلم يجر له عقد على نفسه ، وهو بالبيع لا يقوم مقام البائع إلا فيما سمي بالعقد .

والضرب الثاني أن تباع على أجنبي غير المستأجر ، ففي البيع قولان : أحدهما أنه باطل والاجارة لحالها ، لأن يد المستأجر ممنوعة بحق فصارت أسوأ حالا من المخصوص الذي يمنع يد المشتري منه بظلم .

والقول الثاني وهو الصحيح أن البيع صحيح والاجارة لازمة لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع من بيع الرقبة كالامة المزوجة ، فعلى هذا ان كان المشتري عالما بالاجارة فلا خيار له والاجارة للبائع لانه قد ملكها بعقده ، وان كان غير عالم فله الخيار بين المقام والفسخ . اهـ

قلت : وقد نص أحمد رضي الله عنه على صحة البيع سواء باعها من المستأجر أو من غيره . وهو أحد قولي الشافعي رضي الله عنه . وقال في الآخر : ان باعها لغير المستأجر لم يصح البيع ، لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم الى المشتري فمنعت الصحة كما في المخصوص .

فاذا ثبت هذا فان المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة الى حين انقضاء الاجارة ، ولا يستحق تسليم العين الا حينئذ ، لأن تسليم العين انما يراد لاستيفاء نفعها ، ونفعها انما يستحقه اذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا في مكان بعيد ، فانه لا يستحق تسليمها الا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيها ، كالسلم الى وقت لا يستحق تسليم المسلم فيه الا في وقته ، فان لم يعلم المشتري بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن . لان ذلك عيب ونقص . وعلى هذا اذا اشترى المستأجر صح البيع أيضا ؛ لانه يصح بيعها لغيره فله أولى لأن العين في يده ، وهل تبطل الاجارة ؟ لا تبطل الاجارة عندنا قولاً واحداً . وعند أحمد . وأصحابه وجهان :

(أحدهما) وهو المذهب عندنا عدم البطلان لأنه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر فلم يتنافيا ، كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الاصل بعقد آخر ، ولو أجر الموصى بالمنفعة مالك الرقبة صحت الاجارة ، فدل على أن ملك المنفعة لا يتنافى العقد على الرقبة . وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز . فعلى هذا يكون الاجر باقيا على المشتري وعليه الثمن ويحتمل ان للبائع كما لو كان المشتري غيره

والوجه الثاني : تبطل الإجارة فيما بقي من المدة لانه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد للعين كالنكاح ، فإنه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه ، قالوا ولان ملك الرقبة يمنع ابتداء الإجارة فمنع استدامتها كالنكاح ؛ فعلى هذا يسقط عن المشتري الاجر فيما بقي من الإجارة ، كما لو بطلت الإجارة بتلف العين ، وإن كان المؤجر قد قبض الاجر كله حسب عليه باقى الاجر من الثمن والله تعالى أعلم .

(فرع) قال المزني : قال الشافعي ولا يفسخ بموت أحدهما اذا كانت الدار قائمة وليس الوارث بأكثر من الموروث الذي عنه ورثوا . اهـ

فإذا ثبت هذا فان عقد الإجارة لازم لا يفسخ بموت المؤجر ولا المستأجر وبه قال مالك وأحمد وإسحاق . وقال أبو حنيفة وسفيان والليث بن سعد : الإجارة تبطل بموت المؤجر والمستأجر استدلالا بأن عقود المنافع تبطل بموت العاقد كالنكاح والمضاربة والوكالة ، ولأن الإجارة تفتقر الى مؤجر ومواجر فلما بطلت بتلف المواجر بطلت بتلف المؤجر ، وتحريره قياسا أنه عقد إجارة يبطل بتلف المواجر فوجب أن يبطل بتلف المؤجر قياسا عليه اذا أجز نفسه ، ولأن زوال ملك المؤجر عن رقبة المواجر يوجب فسخ الإجارة قياسا عليه اذا باع ما أجزه برضى المستأجر ، ولأن منافع الإجارة انما تستوفي بالعقد والملك ، وقد زال ملك المؤجر بالموت وان كان عاقداً . والوارث لا عقد عليه وان صار مالكا ، فصارت منتقلة من العاقد الى من ليس بعاقدا ، فوجب أن يبطل لتنافي اجتماع العقد والملك .

ودليلنا هو أن ما لازم من عقود المعاوضات المحضه لم تنفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع ، فان قيل : ينتقض بموت من أجز نفسه لم يصح لأن العقد انما يبطل بتلف المعقود عليه لا بموت العاقد ، ألا تراه لو كان حيا فزمن بطلت الإجارة ، وان كان العاقد حيا ، ولأن السيد قد يعاوض على بضع أمته بعقد النكاح كما يعاوض على خدمتها بعقد الإجارة . فلما لم يكن موته مبطلا للعقد على بضعها لم يبطل بالعقد على استخدامها . ويتحرر من هذا الاعتلال قياسا :
(أحدهما) أنه عقد لازم على منافع ملكه فلم يبطل بموته كالنكاح على أمته

(والثاني) أنه أحد منفعتي الأمة فلم يبطل بموت السيد كالمنفعة الأخرى ،
ولأن المنافع قد تنتقل بالمعاوضة كالأعيان فجاز أن تنتقل بالارث كالأعيان .
ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان :

(أحدهما) أن ما صح أن ينتقل بعوض صح أن تنتقل به المنافع في الاجارات
ولأن بالموت يعجز عن إقباض ما يستحق تسليمه بعقد الاجارة فلم يبطل بعد
العقد كالجنون والزمانة ، ولأنه عقد لا يبطل بالجنون فلم يبطل بالموت كالبيع ،
ولأن منافع الأعيان مع بقاء ملكها قد يستحق بالرهن تارة وبالإجارة أخرى .
فلما كان ما تستحق منفعته بارتهاؤه إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان رهنه
وجب أن يكون ما استحققت منفعته بالإجارة إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب
بطلان إجارته ، وقد استدل الشافعي بهذا في الام .

ولأن الوارث إنما يملك بالارث ما كان يملك الموروث ، والموروث إنما
كان يملك الرقبة دون المنفعة فلم يجوز أن يصير الوارث مالكا للرقبة والمنفعة ،
ولأن إجارة الوقف لا تبطل بموت موجهه بوقاف أبي حنيفة . وإن قال بعض
أصحابنا : تبطل ؛ فكذلك إجارة الملك لا تبطل بموت موجهه كالوقف
وأما الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة مع انتقاضه بالوقف فهو أنه
إن رده إلى النكاح ، فالنكاح لم يبطل بالموت ، وإنما انقضت مدته بالموت فصار
كانقضاء مدة الاجارة .

وان رده إلى المضاربة والوكالة فالمعنى فيهما عدم لزومهما في حال الحياة ،
وجواز فسخهما بغير عذر ، وليست الاجارة كذلك للزومها في حال الحياة .
وأما الجواب عن قياسه على انهدام الدار ، فهو أن المعنى فيه فوات المعقود
عليه قبل قبضه .

وأما الجواب عن قياسه على ما إذا باع ما أجر برضى المستأجر فهو غير مسلم
الأصل لأن الاجارة لا تبطل بالبيع عن رضاه كما لا تبطل بالبيع عن سخطه ،
وإنما البيع مخالف في إبطاله ثم ينتقص على أصله بعقد العبد المأجر قد زال ملك

سيده عن رقبته مع بقاء الاجارة عليها ، فكذلك إذا زال بالبيع والموت .

وأما الجواب عن استدلاله بأن المنافع تستوفي بعقد ومالك وهذا مفترق بالموت ؛ فهو أن اجارتهما يعتبر عند العقد ولا يعتبر فيما بعد كما لو أعتق أو باع ولا يمتنع أن يستوفي من يد الوارث ما لم يماقد عليه كما يستوفي منه ثمن ما اشتراه الموروث ويقبض منه أعيان ما ترك الموروث ، لأن الموروث قد ملك عليه ذلك بعقده فلم يملكه الوارث بموته .

فأما قول الشافعي : فان قيل : فقد انتفع المسكترى بالثمن قيل : كما لو أسلم في متاع لوقت فانقطع ذلك أو ابتاع متاعا غائبا بيلد ودفع الثمن فهلك المتاع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع فهذا سؤال أورده الشافعي ؛ وقد اختلف أصحابنا في مراده فقال أبو إسحاق المروزي : أراد به الرد على من أجل الاجره ومنع من حلولها لئلا ينتفع المسكري بالاجر قبل انتفاع المسكترى بالمنفعة ، وقد تقدم الدار فتفوت المنفعة فقال الشافعي : مثل هذا ليس يمتنع كما أن بائع السلم قد يجعل مقتضى الثمن وينتفع به وقد يملك المسلم فيه عند محله فيسترجع ثمن ما انتفع به البائع دون المشتري ، وكما يقبض غائب عنه فيتلف قبل قبضه فيرد ثمنه بعد الانتفاع به . وقال أبو العباس بن سريج : يحتمل أن يريد به الرد على من أبطل الاجاره بموت المورث لئلا ينتفع المورث بالاجر ويلزم وارثه تسليم المنفعة فأجاب عنه بما ذكرنا من الجوابين .

وقال أبو حامد الاسفرايني : انما أراد به أن انهدام الدار وموت العبد في تضاعيف المدة يبطل الاجاره فيما بقي ويوجب أن يرد من الاجره بقسطها ، وان انتفع المسكري بها ولم ينتفع المسكترى بما قابلهما فأجاب بما ذكرنا من انتفاع البائع بثمن المسلم فيه وتلف العين الغائبة . .

وقال المزني : هذا تجويز بيع الغائب ، وعنه جوابان (أحدهما) أنه محمول على أحد قوليه (والثاني) أنه محمول على بيع غائب قدره ،

فإذا ثبت أن اجارة المالك لا تبطل بموت المورث والمستأجر انتقل الكلام الى اجارة الوقف ، فإن أجر ولا حق له في غلته صحت اجارته ولم تبطل بموته

لأنه لم يؤجل ملكه وإنما ناب عن غيره ، وإن أجره من يستحق غلته ويستوجب أجرته لكونه وقفا عليه فقد اختلف أصحابنا في بطلان الإجارة بموته على وجهين (أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أن الإجارة قد بطلت بموته وانتقال المنفعة إلى غيره ، وفرق بين المالك والوقف بأن وارث المالك يملك عن المؤجر فلم يملك ما خرج عن ملك المؤجر ؛ وليس كذلك الوقف ، لأن مؤجره يملك منفعته مدة حياته ، فإذا انقطع ملكه وانتقل إلى من بعده بشرط الوقف بالارث .

(والوجه الثاني) وهو الأظهر : الإجارة لا تبطل لأن مؤجره وال قد أجره في حق نفسه وحق من بعده بولايته ، فإذا انقضى حقه بموته صحت إجارته في حق من بعده بولايته ، فإن كان قد استوفى الإجارة استرجع من تركته أجره ما بقي من المدة بعد موته .

وإذا استأجر الرجل من أبيه داراً سنة ودفع إليه الإجرة ثم مات الأب نظرت فإن لم يكن له غير هذا الابن المستأجر فقد سقط حكم الإجارة لأنه صار مالكا للدار والمنفعة إرثاً فامتنع بقاء عقده على المنفعة ، فإن لم يكن على أبيه دين فقد صارت الدار مع التركة إرثاً ، وإن كان على أبيه دين ضرب مع الغرماء بقدر الإجرة ، لأنها صارت بانفساخ الإجارة بالارث ديناً على الأب فساوى الغرماء فيها ؛ فلو كان الأب ابن آخر انفسخت الإجارة في نصف الدار وهو حصة المستأجر ولزمت في حصة الابن الآخر ورجع المستأجر منهما بنصف الأجرة في تركه أبيه لأنها صارت ديناً عليه . فإذا أجر الأب أو الوصي صبياً ثم بلى في مدة الإجارة رشيداً فالإجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب تضييع المستأجر والاعجير

إذا تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان ، لأنه عين قبضها المستأجر في مالها ، فلم يضمنها بالقبض كالمرأة في يد الزوج ، والنخلة التي اشترى ثمرتها ، وإن تلفت بفعله نظرت فإن كان بغير عدوان كضرب الدابة وكبحها باللباس للاستصلاح لم يضمن لأنه هلك من فعل مستحق فلم يضمنه كما لو هلك تحت الحمل ، وإن تلفت بعدوان كالضرب من غير حاجة لزمه الضمان ، لأنه جناية على مال الغير فلزمه ضمانه .

(فصل) وإن اكرى ظهراً إلى مكان لجاوز به المكان فهلك نظرت ، فإن لم يكن معه صاحبه لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين جاوز به المكان إلى أن تلف لأنه ضمنه باليد من حين جاوز فصار كالغاصب ، وإن كان صاحبه معه نظرت ، فإن هلك بعد نزوله وتسليمه إلى صاحبه لم يضمن ، لأنه ضمنه باليد فبرئ بالرد كالغصوب إذا رده إلى مالكه ، وإن تلف في حال السير والركوب ضمن ، لأنه هلك في حال العدوان ، وفي قدر الضمان قولان .

(أحدهما) نصف قيمته ، لأنه تلف من مضمون وغير مضمون ، فكان الضمان بينهما نصفين ، كما لو مات من جراحته وجراحة مالكه .

(والثاني) أنه تقسط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الاجارة سقط ، وما قابل الزيادة يجب : لأنه يمكن تقسيطه على قدرهما فقسط بناء على القولين في الجلاء إذا طرب رجل في القذف إحدى وثمانين قمت ، وإن تعادل اثنان ظهراً استأجراه وارترف معهما ثلث من غير اذن فتلف الظهر ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدهما) أنه يجب على المرتد نصف القيمة ، لأنه هلك من مضمون وغير مضمون .

(والثاني) يجب عليه الثلث ، لأن الرجال لا يوزنون فقسط الضمان على عددهم .

(والثالث) أنه يقسط على أوزانهم ، فيجب على المرتد ما يختصه بالوزن لأنه يمكنه تقسيطه بالوزن فقص عليه .

(فصل) وان استأجر عينا واستوفى المنفعة وحبسها حتى تلفت ، فإن كان حبسها لعذر لم يلزمه الضمان ، لأنه أمانة في يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة وان كان لغير عذر — فإن قلنا لا يجب الرد قبل الطلب — لم يضمن كالوديعة قبل الطلب ، وان قلنا يجب ردها ضمن كالوديعة بعد الطلب

(فصل) وان تلفت العين التي استأجر على العمل فيها نظرت ، فإن كان التلف بتفريط بأن استأجره ليخبز له فأصرف في الوقود أو الزقه قبل وقته أو تركه في النار حتى احترق ضمنه لأنه هلك بعدوان فلزمه الضمان . وان استأجر على تأديب غلام فضربه فمات ضمنه ، لأنه يمكن تأديبه بغير الضرب ، فإذا عدل إلى الضرب كان ذلك تفريطا منه فلزمه الضمان . وان كان التلف بغير تفريط ، نظرت ، فإن كان العمل في ملك المستأجر بأن دعاه إلى داره ليعمل له ، أو كان العمل في دكان الاجير والمستأجر حاضرا ، أو اكتراه ليحمل له شيئا وهو معه لم يضمن ، لان يد صاحبه عليه فلم يضمن من غير جناية . وان كان العمل في يد الاجير من غير حضور المستأجر نظرت ، فإن كان الاجير مشتركا ، وهو الذي يعمل له ولغيره ، كالقصار الذي يقصر لكل أحد والملاح الذي يحمل لكل أحد ففيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه الضمان ، لما روى الشعبي عن أنس رضي الله عنه قال : استحملني رجل بضاعة فضاعت من بين متاعى . فضمنيها همر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه .

وعن خلاص بن عمرو أن علياً رضي الله عنه كان يضمن الاجير . وعن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي كرم الله وجهه أنه كان يضمن الصباغ والمواع وقال لا يصلح الناس الا ذلك .

ولأنه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعير . والثاني : لا ضمان عليه ، وهو قول المزني ، وهو الصحيح .

قال الربيع : كان الشافعي رحمه الله يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير ،
ولكنه لا يفتي به لفساد الناس ، والدليل عليه أنه قبض العين لمنفعته ومنفعة
المالك فلم يضمه كالمضارب .

وإن كان الأجير منفرداً وهو الذي يعمل له ولا يعمل لغيره ، فقد اختلف
أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : هو كالأجير المشترك وهو المنصوص ، فإن الشافعي
رحمه الله قال : والأجراء كلهم سواء ، فيكون على قولين لأنه منفرد باليد فأشبهه
الأجير المشترك ، ومنهم من قال : لا يجب عليه الضمان قولاً واحداً لأنه منفرد
بالعمل فأشبهه إذا كان عمله في دار المستأجر .

فإن قلنا إنه أمين فتعدي فيه ثم تلف ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين
تعدي إلى أن تلف ، لأنه ضمن بالتعدي فصار كالغاصب ، وإن قلنا إنه ضامن
لزومه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالغاصب . ومن أصحابنا
من قال : يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير ؛ وأبسر بشي .

(فصل) وإن عمل الأجير بعض العمل أو جميعه ثم تلف نظرت فإن كان
العمل في ملك صاحبه أو بحضرته وجبت له الأجرة لأنه تحت يده فيكل ما عمل
شيئاً صار مسلماً له ، وإن كان في يد الأجير — فإن قلنا إنه أمين — لم يستحق
الأجرة لأنه لم يسلم العمل ، وإن قلنا إنه ضامن استحق الأجرة لأنه يقوم عليه
معمولاً فيصير بالتضمن مسلماً للعمل فاستحق الأجرة

(فصل) وإن دفع ثوباً إلى خياط وقال : إن كان يكفيني لقميص فاقطعه
فقطعه ولم يكفه ازمه الضمان ؛ لأنه أذن له بشرط فقطع من غير وجود الشرط
فضمته . وإن قال : أيكفيني للقميص ؟ فقال نعم ، فقال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم
يضمن لأنه قطعه بإذن مطلق ،

(الشرح) الأخبار الواردة في هذه الفصول كرواية الشعبي عن أنس وخبر
خلاس بن عمرو في الام . وقد روي الشافعي خبر جعفر الصادق قال : أخبرنا
بذلك إبراهيم بن أبي يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه أن علياً ضمن الغسال

والصباغ وقال : لا يصلح الناس الا بذلك وقد أعلمنا الشافعي كما سيأتي في شرح الفصل .

أما الاحكام ، فان الدابة اذا لم يكن صاحبها معها لزم المـكـتـرى قيمتها كما ، وان كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المـكـتـرى لانها تلتفت في يد صاحبها أشبه ما لو تلتفت بعد مدة التعدي ، وان تلتفت تحت الراكب ففيه قولان . (أحدهما) يلزمه نصف قيمتها لانها تلتفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلتفت بجراحته وجراحة مالكها .

(والثاني) تقسط القيمة على المسافتين ، فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقي ، ونحو هذا قول أبي حنيفة فانه قال : من اكرى جملا لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المـكـتـرى عشر قيمته ، وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة اذا كان صاحبها مع راكبيها أو تلتفت في يد صاحبها .

فأما اذا تلتفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع راكبيها فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها لانها تلتفت في يد عادية فوجب ضمانها كالمقصوبة ، وكذلك اذا تلتفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها ، لأن اليد للراكب وصاحب الحمل ، بدليل أنهما لو تنازعا دابة أحدهما راكبيها أو له عليها حمل والآخر أخذ بزمامها لكانت للراكب ولصاحب الحمل ، ولأن الراكب متعدد بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان . كمن جلس الى انسان فحرق ثيابه وهو ساكت ولائها ان تلتفت بسبب تعيها فالضمان على المتعدي ، كمن ألقي حجرا في سفينة موقرة ففرقت .

فأما ان تلتفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر ، فان كان تلفها بسبب تعيها بالحمل والسير فهو كما لو تلتفت تحت الحمل والراكب . وان تلفت بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط في هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لانها لم تلتفت في يد عادية ولا بسبب عدوان .

واختلاف أصحاب أحد في الضمان فظاهر كلام الحرق وجوب قيمتها اذا تلتفت سواء تلفت في الزيادة أو بعد ردها الى المسافة ، وسواء كان صاحبها مع المـكـتـرى

أو لم يكن . وهذا ظاهر مذهب فقهاء المدينة السبعة فيما رواه الأثرم بإسناده عن أبي الزناد وقال : ربما اختلفوا في الشيء فأخذنا بقول أكثرهم وأضام رأياً ، فكان الذي وعيت عنهم على هذه الصفة : أن من اكترى دابة إلى بلد ثم جاوز ذلك إلى بلد سواه ، فإن الدابة إن سلت في ذلك كله أدى كراءها وكراء ما بعدها وإن تلفت في تعديها ضمنها وأدى كراءها الذي تكارها به . وهو ذا هو قول الشافعي والحكم وابن شبرمة وأحمد .

وقال القاضي من الحنابلة : إن كان المكترى نزل عنها وسلمها إلى صاحبها لميسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكترى ، وإن هلكت والمكترى راكب عليها أو حمله عليها فعليه ضمانها . وقال أبو الخطاب من الحنابلة أيضاً : إن كانت يد صاحبها عليها احتمل أن يلزم المكترى جميع قيمتها ، واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها .

ولنا أن ما نقلنا عن الشافعي رضي الله عنه في ضرب الدابة ونحسها مما مضى في شرح هذه الفصول كاف في توضيح المذهب .

وقال الشافعي أيضاً في اختلاف العراقيين : وإذا تكاثر الرجل الدابة إلى موضع لم يؤزه إلى غيره فعليه كراء الموضع الذي تكارها إليه الكراء الذي تكارها به ، وعليه من حين تعدى إلى أن ردها كراء مثلها من ذلك الموضع . وإذا عطبت لزمه الكراء إلى الموضع الذي عطبت فيه وقيمتها ، وهذا مكتوب في كتاب الاجارات .

قال الشافعي رضي الله عنه : الأجراء كلهم سواء ، فإذا تلف في أيديهم شيء من غير جنائيتهم فلا يجوز أن يقال فيه إلا واحد من قولين (أحدهما) أن يكون كل من أخذ الكراء على شيء كان ضامناً له يؤديه على السلامة أو يضمنه أو ما نقصه . ومن قال هذا القول فينبغي أن يكون من حجته أن يقول : الأمين هو من دفعت إليه راضياً بأمانته لا يعطى أجراً على شيء مما دفعت إليه ، وأعطائي هذا الأجر تفريق بينه وبين الأمين الذي أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل ، أو يقول قائل : لا ضمان على أجير بحال من قبل أنه إنما يضمن من تعدى فأخذ

ما ليس له أو أخذ الشيء على منفعة له فيه ، أما بتسليم على اتلافه كما يأخذ سافراً فيكون مالا من ماله فيكون ان شاء ينفقه ويرد مثله . وأما مستجير سابط على الانتفاع بما أعير فيضمن ، لأنه أخذ ذلك لمنفعة نفسه لا لمنفعة صاحبه فيه . وهذان معاً نقص على المسلف والمعير أو غير زيادة له ، والصانع والاجير من كان ليس في هذا المعنى فلا يضمن بحال إلا ما جنت يده كما يضمن المودع ما جنت يده . وليس في هذا سنة أعلمها ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم . وقد روى فيه شيء عن عمر وعلى وليس يثبت عند أهل الحديث عنهما . ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمن الاجراء من كانوا فيضمن أجير الرجل وحده والاجير المشترك والاجير على الحفظ والرعى وحمل المتاع والاجير على الشيء يصنعه لأن عمر ان كان ضمن الصانع فليس في تضمينه لهم معنى إلا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا أجراً على ما صنعوا فكل من كان أخذ أجراً فهو في معنهم .

وان كان على رضى الله عنه ضمن القصار والصانع ، فكذلك كل صانع . وكل من أخذ أجرة . وقد يقال للراعى صناعته الرعية ، وللحمال صناعته الحمل للناس ، ولكنه ثابت عن بعض التابعين ما قالت أولات من التضمين أو ترك التضمين . ومن ضمن الاجير بكل حال فكان مع الاجير ما قالت مثل أن يستحمله الشيء على ظهره أو يستعمله الشيء في بيته أو غير بيته ، وهو حاضر لماله أو وكيل له بحفظه فتلف ماله بأى وجه ما تلف به اذا لم يجن عليه جان فلا ضمان على الصانع ولا على الاجير . وكذلك ان جنى عليه غيره فلا ضمان عليه ، والضمان على الجاني . اهـ كلام الشافعى رضى الله عنه

(فرع) اذا ترك الاجير ما يلزمه عمله بلا عذر فتلف ما استؤجر عليه ضمنه والاجير على ضربين : خاص ومشترك . فالخاص هو الذى يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها ، كرجل استؤجر لمدة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوماً أو شهراً سمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس ، والمشارك الذى يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء الى مكان معين ، أو على عمل في مدة

لا يستحق جميع نفعه فيما كالـكـحـال والطبيب ، سمي مشـتـركاً لانه يتقبل أعمالاً
لاثنين أو ثلاثة أو أكثر لا شترأكم في منفعتة ، فالأجير المشترك ضامن لما
جنت يده إلا إذا كان المستأجر حاضراً في دكان الأجير وقت العمل كانت يده
عليه فيكون كالأجير الخاص لم يضمن من غير جنائية ويجب له أجر عمله ، فكما
عمل شيئاً صار مسؤولاً إليه . وذهب مالك إلى ما ذهب إليه الأصحاب . وذهب
أحمد إلى أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب
العمل حاضراً عنده أو غائبا عنه قياساً على الطبيب والخبثان إذا جنت يدهما
ضمننا مع حضور الطبيب والمختون

فأما الأجير الخاص فهو الذي يستأجره مدة فلا ضمان عليه ما لم يتعد . قال
قال أحمد في رواية مهنأ في رجل أمر غلامه أن يكمل لرجل بزراً فسقط الرطل
من يده فانكسر لاضمان عليه ، فقيل : أليس هو بمنزلة القصار ؟ قال لا ، القصار
مشترك . قيل : فرجل أكثرى رجلاً يحرق له على بقرة فكسر الذي يحرق به ؟
قال لا ضمان عليه .

قلت : وهذا ظاهر مذهب الشافعي ومذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه ،
والشافعي قول آخر أن جميع الأجراء يضمنون ، والقول الأول أظهر . قال
الربيع : هذا مذهب الشافعي وإن لم يبح به . وروى ذلك عن عطاء وطاوس
وزفر لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة فلم تصر مضمونة كالعدين المستأجرة .
وما تلف بتعدى الخباز الذي يسرف في الوقود أو يارقه قبل أوانه من حيث
التخمر المطلوب عند خبزه ، أو يتركه بعد وقته حتى يحترق ، فإنه يضمن
في كل ذلك .

(فرع) إذا دفع إلى خياط ثوباً فقال : إن كان يقطع قبصاً فاقطعه ، فقال هو
يقطع ، وقطعه فلم يكف فعله ضمانه . وإن قال : انظر هذا يكفيني قبصاً ؟ قال
نعم . قال اقطعه ، فقطعه فلم يكفه لم يضمن ، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأي .
وقال أبو ثور : لا ضمان عليه في المسألتين لأنه لو كان غره في الأولى لكان قد
غره في الثانية . أفاده ابن قدامة في المغنى .

دليلنا أنه إنما أذن له في الأولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه . وفي الثانية أذن له من غير شرط فافترقا ؛ ولم يجب عليه الضمان في الأولى لتغيريره ، بل لعدم الإذن في قطعه ، لأن إذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون إذنا في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية . والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلف أصحابنا فيما يأخذ الحامي ، هل هو ثمن الماء أو أجره الدخول والسطل وحفظ الثياب ، فمنهم من قال هو ثمن الماء وهو متطوع بحفظ الثياب ومعير للسطل ، فعلى هذا لا يضمن الثياب إذا تلفت وله عوض السطل إذا تلف . ومنهم من قال هو أجره الدخول والسطل وحفظ الثياب ، فعلى هذا لا يضمن الداخل السطل إذا هلك لأنه مستأجر ، وهل يضمن الحامي الثياب ؟ فيه قولان لأنه أجير مشرك .

(فصل) وإن استأجر رجلا للحج فتطيب في إحرامه أو لبس ، وجبت الفدية على الأجير ، لأنه جنابة لم يتناولها الإذن فوجب ضمانها ، كما لو استأجره لبشترى له ثوبا فاشتراه ثم خرقة . وإن أفسد الحج صار الإحرام عن نفسه ؛ لأن الفاسد غير مأذون فيه فانهقد له كما لو وكله في شراء عبد فاشترى أمة ، فإن كان العقد على حجه في هذه السنة انفسخ ، لأنه فات المعقود عليه ، وإن كان على حج في الذمة ثبت له الخيار ، لأنه تأخر حقه ، فإن استأجر للحج من ميعات فأحرم من ميعات آخر لم يلزمه شيء لأن المواقيت المنصوص عليها متساوية في الحكم ، وإن كان بعضها أبعد من بعض ، فإذا ترك بعضها إلى بعض لم يحصل نقص يقتضي الجبران .

وإن أحرم دون الميعات لزمه دم ، لأنه ترك الإحرام من موضع يلزمه الإحرام منه ، فلزمه دم كما لو ترك ذلك في حجه لنفسه ، فإن استأجره ليحرم من دويرة أهله فأحرم دونه لزمه دم ، لأنه وجب عليه ذلك بعقد الاجارة فصار كما لو لزمه في حجه لنفسه بالشرع أو بالنذر فتركه .

وهل يلزمه أن يرد من الاجرة بقسطه ؟ قال في القديم يهرق دماً وحجه تام

وقال في الامم : يلزمه أن يرد من الاجرة بقدر ما ترك ، فن أصحابنا من قال يلزمه قولاً واحداً ، والذي قاله في القديم ليس فيه نص أنه لا يجب . ومنهم من قال فيه قولان وهو الصحيح (أحدهما) لا يلزمه لأن النقص الذي لحق الاحرام جبره بالدم فصار كما لو لم يترك (والثاني) أنه يلزمه لأنه ترك بعض ما استوجب عليه فلزمه رد بدله ، كما لو استأجره لبناء عشرة أذرع فبني تسعة ، فعلى هذا يرد ما بين حجه من الميقات وبين حجه من الموضع الذي أحرم منه

فإن استأجره ليحرم بالحج من الميقات فأحرم من الميقات بعمره عن نفسه ثم أحرم بالحج عن المستأجر من مكة لزمه الدم لترك الميقات ، وهل يرد من الاجرة بقدر ما ترك ؟ على ما ذكرناه من الطريقين ، فإن قلنا يلزمه ففيه قولان قال في الامم : يرد بقدر ما بين حجه من الميقات وحجه من مكة ، لأن الحج من الاحرام وما قبله ليس من الحج .

وقال في الإملاء : يلزمه أن يرد ما بين حجه من بلده وبين حجه من مكة . لأنه جعل الاجرة في مقابلة السفر والعمل وجعل سفره لنفسه ، ويخالف المسألة قبلها لأن هالك سافر المستأجر ، وإنما ترك الميقات .

وان استأجره للحج فخرج عنه وترك الرمي أو المبيت لزمه الدم كما يلزمه لحجه وهل يرد من الاجرة بقسطه ؟ على ما ذكرناه فيمن ترك الاحرام من الميقات .

(الشرح) لا تتوقف منفعة الحمام على مجرد وجود الماء ، وإنما المطلوب تبليط الحمام وعمل الأبواب والبزُل - وهي الثقوب والفتحات التي يأتي منها الماء أو النور - ويجري الماء . وما كان لاستيفاء المنافع كالحبيل والدلو والبكرة فعلى المكترى . وإن احتاج المكترى للتمكن من الانتفاع الى تنقية الكف والبالوعة فعلى المكترى ، وإن امتلأت بفعل المكترى فعليه تفرغها ، وهذا مذهب الشافعي وأحمد رضي الله عنهما .

وقال أبو ثور : هو على رب الدار ، لأن به يتمكن من الانتفاع ، فأهبة ما لو اكترى وهي ملكي .

وقال أبو حنيفة : القياس أنه على المكثري والاستحسان أنه على رب الدار لأن عادة الناس ذلك . وإذا انتقضت الإجارة وفي الحمام قمامة من فعله فعليه رفعه . وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي .

قال الشمس الرملي : نعم دخول الحمام بأجرة جائز بالاجماع مع الجهل بقدر المكث وغيره ، لكن الإجارة في مقابلة الآلات لا الماء ، فعليه ما يغرف به الماء غير مضمون على الداخل ؛ وثيابه غير مضمونة على الحمامي إن لم يستحفظه عاينها ويحمله إلى ذلك ، ولا يجب بيان ما يستأجره له في الدار لقرب التفاوت من السكنى ووضع المتاع ، ومن ثم حمل العقد على المهود في مثلها من سكانها ، ولم يشترط عدد من يسكن اكتفاء بما اعتيد في مثلها

(فرع) إذا استأجر رجلاً للحج فارتكب ما يوجب الفدية ، كس الطيب ولبس المخيط في الأحرام ، فعلى الأجير الفدية من ماله ، فإن أفسد أعمال الحج انقلب الحج إليه فيلزمه الفدية في ماله والمضى في فاسده والقضاء ، وهذا هو الذي قطع الجمهور بصحته وتظاهرت عليه نصوص الشافعي . وفيه قول آخر أنه لا ينقلب ولا يفسد ولا يجب القضاء ، بل يبقى صحيحاً واقعاً عن المستأجر لأن العبادة للمستأجر فلا تفسد بفعل غيره . وبهذا القول قال المزني . ولكن المذهب الأول .

قال الشافعي رضي الله عنه : الواجب على الأجير أن يحرم من الميقات الواجب بالشرع أو الشرط اهـ ، فإن أحرم منه فقد فعل واجباً ؛ وإن أحرم قبله فقد زاد خيراً كما قال أبو حامد الأسفراييني وغيره .

أما إذا عدل الأجير عن الميقات المعتبر إلى طريق آخر مثل المعتبر أو أقرب إلى مكة فطريقان أصحهما وهو المنعوص في الأثم وبه قطع البندنجي والجمهور أنه لا شيء عليه .

وحكى القاضي حسين والبغوي وغيرهما فيه وجهين ساقهما النووي في الحج أصحهما أنه لا شيء عليه لأنه قائم مقام الميقات المعتبر . والثاني أنه كن ترك الميقات وأحرم بعده . وهذا القول الثاني يعتبر الشرط في تعيين المكان .

أما إذا اتفقا على تعيين موضع آخر ، فإن كان أقرب الى مكة من الشرعى فالشرط قائم بفسد الاجارة إذ لا يجوز لمريد النسك تجاوز الميقات دون إحرام وإن كان أبعد كدويرة أهله فيلزم الاجير الاحرام منها وقاء بالشرط ، فإن جاوزها ثم أحرم فهل يلزمه الدم ؟ فيه وجهان (أصحابهما) كما هو منصوص : عليه الدم لأنه جاوز الميقات المشروط فأشبهه مجاوزة الميقات الشرعى (والثانى) لا دم ، فإن قلنا لا يلزمه الدم وجب حط قسط من الاجرة .

قال الشيخ أبو حامد والأصحاب : إن ترك نسكا لا دم فيه كالمبيت وطواف الوداع — إذا قلنا : لا دم فيهما — لزمه رد شيء من الاجرة بقسطه بلا خلاف فإن أزمه بفعل محذور كاللبس والقلم والطيب لم يحط. عنه شيء من الاجرة بلا خلاف . نقل الغزالي وغيره الاتفاق عليه

فإذا استأجره للقران بين الحج والعمرة فتارة يمثل وتارة يعدل ، فإن امتثل فعلى من يجب دم القران ؟ وجهان (أصحابهما) على المستأجر ، ولو شرطاه على الاجير فقد نص الشافعى على فساد الاجارة لجمعه بين مجهول الصفة وهو الدم ، وبين الاجارة .

فاذا قلنا بالأصح إنه على الاجير ، فإن كان معسرا فعليه الصوم الايام الثلاثة فى الحج : لان الذى فى الحج منهما هو الاجير وعلى المستأجر الاجرة بكاملها. هذا وقد أفرد الامام النووي رضى الله عنه فى كتاب الحج من المجموع فصلا عن الاجير أوفى والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب اختلاف المتكاريين

إذا اختلف المتكاريان في مقدار المنفعة أو قدر الأجرة ولم تكن بينة تحالفاً لانه عقد معاوضة فأشبهه البيع وإذا تحالفا كان الحكم في فسخ الإجارة كالحكم في البيع ، لان الإجارة كالبيع ، فكان حكمها في الفسخ كالحكم في البيع ، فان اختلفا في التمدي في العين المستأجرة فادعاه المؤجر وأنكره المستأجر ، فالقول قول المستأجر ، لان الأصل عدم العدوان ، والبراءة من الضمان ، فان اختلفا في الرد فادعاه المستأجر وأنكره المؤجر ، فالقول قول المؤجر أنه لم يرد عليه ، لأن المستأجر قبض العين لمنفعته ، فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ، وان اختلف الاجير المشترك والمستأجر في رد العين فادعى الاجير أنه ردها وأنكر المستأجر فان قلنا : ان الاجير يضمن العين بالقبض لم يقبل قوله في الرد ، لانه ضامن فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير والغاصب .

وان قلنا : انه لا يضمن العين بالقبض فهل يقبل قوله في الرد ؟ فيه وجهان كالوكيل بجمل : وقد مضى ترجيحهما في الوكالة ، وان هلكت العين فادعى الاجير أنها هلكت بعد العمل ، وأنه يستحق الأجرة وأنكر المستأجر ، فالقول قول المستأجر ، لان الأصل عدم العمل وعدم البدل .

(فصل) وان دفع ثوباً الى خياط فقطعه قباء ثم اختلفا فقال رب الثوب : أمرتك أن تقطعه قميصاً فتعديت بقطعه قباء فملكك ضمان النقص . وقال الخياط بل أمرتني أن أقطعه قباء فعليك الأجرة ، فقد حكى الشافعي رحمه الله في اختلاف المراقبين قول ابن أبي ليلى أن القول قول الخياط . وقول أبي حنيفة رحمه الله عليه أن القول قول رب الثوب ، ثم قال : وهذا أشبه ، وكلاهما مدخول .

وقال في كتاب الاجير والمستأجر : اذا دفع اليه ثوباً ليصبغه أحمر فصبغه أخضر فقال : أمرتك أن تصبغه أحمر ، فقال الصباغ : بل أمرتني أن أصبغه أخضر ، أنهما يتحالفاً .

واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق ، فمنهم من قال : فيه ثلاثة أقوال
(أحدهما) أن القول قول الحياط ، لأنه مأذون له في القطع فكان القول
قوله في صفته (والثاني) أن القول قول رب الثوب ، بما لو اختلفا في أصل الاذن
(والثالث) أنهما يتحالفان وهو الصحيح ، لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه
لأن صاحب الثوب يدعى الأرش والحياط ينكره ، والحياط يدعى الاجرة
وصاحب الثوب ينكره فتحالفوا كالمتبايعين اذا اختلفا في قدر الثمن .

ومن أصحابنا من قال : المسئلة على القولين المذكورين في اختلاف العراقيين
وهو قول أبي العباس وأبي اسحاق وأبى علي بن أبي هريرة والقاضي أبي حامد .
ومن أصحابنا من قال : هي على قول واحد أنهما يتحالفان ، وهو قول أبي حامد
الاسفراييني لأن الشافعي رحمه الله ذكر القولين الاولين ، ثم قال وكلاهما مدخول
فان قلنا : ان القول قول الحياط خلف لم يلزمه أرش النقص ، لأنه ثبت بيمينه
أنه مأذون له فيه ، وهل يستحق الاجرة ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق أنه لا يستحق الاجرة ، لأن قوله قبل في
سقوط الغرم لأنه منكر . فأما في الاجرة فإنه مدع فلم يقبل قوله .

(والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : ان له الاجرة لانا قبلنا قوله في
الاذن ، فعلى هذا هل يجب المسمى أو اجرة المثل فيه وجهان أحدهما يجب المسمى
لانا قبلنا قوله أنه أذن له فوجب ما اقتضاه (والثاني) يجب له اجرة المثل لانا اذا
قبلنا قوله لم نأمن أن يدعى ألفاً وأجرة مثله درهم .

(وان قلنا) ان القول قول صاحب الثوب خلف لم تجب الاجرة لأنه فعل
مالم يؤذن فيه ويلزمه أرش القطع لأنه قطع مالم يكن له قطعه . وفي قدر الارش
قولان (أحدهما) يلزمه ما بين قيمته مقطوعاً وصحيحاً لانا حكمنا أنه لم يؤذن له
في القطع فلزمه أرش القطع (والثاني) يلزمه ما بين قيمته مقطوعاً قبيحاً وبين
قيمه مقطوعاً قباء ، لأنه قد أذن له في القطع ، وانما حصلت المخالفة في الزيادة
فلزمه أرش الزيادة ، فان لم يكن بينهما تفاوت لم يلزمه شيء .

واذا قلنا : انهما يتحالفان فتحالفوا لم تجب الاجرة ، لان التحالف يوجب رفع
العقد ، والحياطة من غير عقد لا توجب الاجرة وهل يجب أرش القطع فيه قولان

(أحدهما) يجب ، لأن كل واحد منهما حلف على ما ادعاه ونفى ما ادعى عليه فبرئنا كالمتبايعين (والثاني) أنه يجب أرش النقص لأننا حكمنا بارتفاع العقد بالتحالف ، فإذا ارتفع العقد حصل القطع من غير عقد فلزمه أرشه . ومتى قلنا إنه يستحق الأجرة لم يرجع بالخيوط ، لأنه أخذ بدلها ، فإن قلنا : لا يستحق الأجرة فله أن يأخذ خيوطه ، لأنه عين ماله فكان له أن يأخذه

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : وإذا اختلف الرجلان في الكراء وتصادقا في العمل تحالفا ؛ وكان للعامل أجر مثله فيما عمل ، قال وإذا اختلفا في الصفة فقال : أمرتك أن تصبغه أصفر أو تخط قيصا فخطته قباء . وقال الصانع عملت ما قلت لي ، تحالفا وكان على الصانع ما نقص الثوب ولا أجر له ، وإن زاد الصبغ فيه كان شريكا بما زاد الصبغ في الثوب ، وإن نقصت منه فلا ضمان عليه ولا أجر له .

وقال الربيع : الذي يأخذ به الشافعي في هذا أن القول قول رب الثوب وعلى الصانع ما نقص الثوب ، وإن كان نقصه شيئا لأنه مقر بأخذ الثوب صحيحا ومدع على أنه أمره بقطعه أو صبغه كما وصفت فعليه البينة بما قال ، فإن لم يكن بينة حلف رب الثوب ولزم الصانع ما نقصته الصنعة ، وإن كانت زادت الصنعة فيه شيئا كان الصانع شريكا بها إن كانت عينا قائمة فيه مثل الصبغ ، ولا يأخذ من الأجرة شيئا ، فإن لم تكن عين قائمة فلا شيء له .

وقال في اختلاف العراقيين : وإذا اختلف الاجير والمستاجر في الأجرة ، فإن أبا حنيفة كان يقول : القول قول المستاجر مع يمينه إذا عمل العمل وبهذا يأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : القول قول الاجير فيما بينه وبين أجرة مثله ، إلا أن يكون الذي ادعى أقل فيعطيه إياه ، وإن لم يكن عمل العمل تحالفا وترادا في قول أبي حنيفة . وينبغي كذلك في قول ابن أبي ليلى . وقال أبو يوسف بعد : إذا كان شيئا متقاربا قبلت قول المستاجر وأحلفته ، وإذا تفاوت لم أقبل وجعلت للعامل أجر مثله إذا حلف .

فلو أعطاه ثوبا ليخيطه بعد قطعه ، فخطاه قباء وقال أمرتني بقطعه قباء ، فقال بل قيصا فالأظهر تصديق المالك بيمينه ، لأنه منكر اذنه له في قطعه قباء ، إذ هو المصدق في أصل الإذن فيكذا في صفته

والقول الثاني : يتحالفان ، وانتصر الاسنوى له نقلا ومعنى ، ونبه على أنهما لو اختلفا قبل القطع تحالفا اتفاقا ، وكل ما وجب التحالف مع بقائه وجب مع تغير أحواله ، فعلى هذا يبدأ بالمالك كما حكاه الرملي ، ونقل عن الاسنوى المنع منه بل يبدأ بالخياط لأنه بائع المنفعة .

قال النووي : ولا أجره عليه - يعني الموجر - بعد حلفه ، وعلى الخياط أرش النقص لما ثبت من عدم الإذن ، والأصل الضمان ، وهو ما بين قيمته مقطوعا قيصا ومقطوعا قباء كما رجحه السبكي . ولأن أصل القطع مأذون فيه ، وإن رجح الاسنوى كابن أبي عصرون . وجزم به القونوي والبارزى وغيرها من شراح الحاوى وغيره أنه ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا لا تنفاه الإذن من أصله ولا يقدح في ترجيح الأول عدم الأجرة له ، إذ لا تلازم بينها وبين الضمان ؛ وللخياط نزع خيطه ، وعليه أرش نقص النزع إن حصل ، كما قاله الماوردي والرويانى فى البحر ؛ وله منع المالك من شد خيط فيه بجره مكانه . هكذا أفاده الشمس الرملى فى النهاية .

ويمكننا أن نستخلص مما مضى من أقاويل أنهما إذا اختلفا فى قدر الأجر فقال أجر تنبيها سنة بدينار ، قال بل بدينارين تحالفا ، ويبدأ بيمين الأجر ، وهو قول الشافعى وأحمد ، لأن الأجرة نوع من البيع ؛ فإذا تحالفا قبل مضى شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما فى ماله ، وإن رضى أحدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد ، وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل ، كما لو اختلفا فى المبيع بعد تلفه ، وهذا قول أحمد وأصحابه ، وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل ، وإن كان عمله فالقول قول المستأجر لأنه منكر للزيادة فى الأجر والقول قول المنكر

فإذا عرفنا أن الأجرة نوع من المبيع عرفنا أنهما يتحالفان عند اختلافهما فى العوض كالبيع ؛ وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة .

وقال ابن أبي موسى: القول قول المالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم: إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع

وقال الشافعي في أول اختلاف العراقيين: إذا أسلم الرجل إلى الخياط ثوباً فخطاه قباء فقال رب الثوب: أمرتك بقميص. وقال الخياط أمرتني بقباء، فإن أبا حنيفة رحمه الله كان يقول: القول قول الخياط في ذلك، ولو أن الثوب ضاع من عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط في عمله فإن أبا حنيفة قال: لا ضمان عليه ولا على القصار والصباغ، وما أشبه ذلك من العمال إلا فيما جنت أيديهم. بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: لا ضمان عليهم، وكان ابن أبي ليلى يقول: هم ضامنون لما أهلك عندهم وإن لم تكن أيديهم فيه. وقال أبو يوسف: هم ضامنون إلا أن يجيء شيء غالب.

وقال الشافعي: وثابت عن عطاء بن أبي رباح أنه قال: لا ضمان على صانع ولا على أجير، فأما ما جنت أيدي الأجراء والصناع فلا مسؤولية فيه فهم ضامنون كما يضمن المستودع ما جنت يده، ولأن الجناية لا تبطل عن أحد، وكذلك لو تعدوا ضمانوا.

قال الربيع: الذي يذهب إليه الشافعي فيها رأيت أنه لا ضمان على الصانع إلا ما جنت أيديهم، ولم يكن يروح بذلك خوفاً من الضياع. اهـ، يعني خوفاً من أن يتهاوى الصانع في الإهمال فيفضي ذلك إلى ضياع أموال الناس بفشوه التلف بين أصحاب الحرف

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) إذا استأجر صانعاً على عمل من خياطة أو صياغة فعمل فعمل له أن يحبس العين على الأجرة؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه لم يرهن العين عنده فلم يحز له احتباسها، كما لو استأجره ليحمل له متاعاً لحمله ثم أراد أن يحبس المتاع على الأجرة (والثاني) يجوز لأن عمله ملكه فجاز له حبسه على العوض كالبيع في يد البائع.

(فصل) وإن دفع ثوباً إلى رجل غفطه ولم يذكر له أجره فقد اختلف أصحابنا فيه على أربعة أوجه .
أحدها : أنه تلزمه الأجرة ، وهو قول المذنب رحمه الله ، لأنه استملك عمله فلزمه أجرته .

والثاني : أنه إن قال له : خطه لزمه ، وإن بدأ الرجل فقال : أعطني لاختيطه لم تلزمه وهو قول أبي إسحاق لأنه إذا أمره فقد ألزمه بالامر ؛ والعمل لا يلزم من غير أجره فلزمته ، وإذا لم يأمره لم يوجد ما يوجب الأجرة فلم تلزم .
والثالث : أنه إذا كان الصانع معروفاً بأخذ الأجرة على الحياطة لزمه ، وإذا لم يكن معروفاً بذلك لم يلزمه ؛ وهو قول أبي العباس ، لأنه إذا كان معروفاً بأخذ الأجرة صار العرف في حقه كالشرط ، وإن لم يكن معروفاً لم يوجد ما يقتضي الأجرة من جهة الشرط ولا من جهة العرف .

والرابع : وهو المذهب : أنه لا يلزمه بحال ، لأنه بذل ماله من غير عوض فلم يجب له العوض ، كما لو بذل طعامه لمن أكله ، وإن نزل رجل في سفينة ملاح بغير إذنه فحمله فيها إلى بلد لزمه الأجرة ، لأنه استملك منفعة موضعه من السفينة من غير إذن فلزمه أجرها ، وإن نزل فيها عن إذنه ولم يذكر الأجرة ، فعلى ما ذكرناه من الوجوه الأربعة في الحياطة ، وبالله التوفيق .

(الشرح) قال الماوردي في الحاوي الكبير : وليس لماؤجر الأرض أن يحتبس الأرض على المستأجر على دفع الأجرة ، ولا للجها أن يحتبس ما استؤجر على حمله من المبتاع ليأخذ الأجرة لأنه في يده أمانة وليس برهن . فأما الصانع المستأجر على عمل من خياطة أو صباغة هل له احتباس ما بيده من العمل على أجرته ؟ فيه وجهان .

أحدهما : ليس له ذلك قياساً على ما ذكرناه ، والثاني : له ذلك لأن عمله ملك له كالبائع ؛ فإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الأجرة فنافضته ، لأنه لم يرهنه عنده ، ولا إذن له في امساكه ، فلزمه الضمان كالغاصب ، وبهذا قال أصحاب أحمد كما أفاده ابن قدامة .

(فرع) إذا عمل الصانع عملاً لغيره بإذنه كان دفع ثوباً إلى قصار ليقصره

أو الى خياط ليخيطه ففعل ولم يذكر أحدهما أجره فلا أجره له لتبرعه ، ولأنه لو قال : أسكنني دارك شهراً فأسكنته لم يستحق عليه أجره بالإجماع كما في البحر والوجه كما يحثه الأذرعى وجوبها في قن ومحجور سقه لانهما غير أهل للتبرع ومثلهما غير المكاف بالاولى . قال النووي : وقيل : له أجره مثله ، وقيل : ان كان معروفاً بذلك العمل بالاجرة فله والا فلا وقد يستحسن اهـ .

وصورة المسألة اذا دفع ثوبه الى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر مثل أن يقول : خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر ، وكان الخياط والقصار متوفرين على ذلك وقد عرف عنهما الأجر الذي بأخذانه ، أو كان لصاحب الدكان لافتة سجل فيها أسعار أجرته كما يفعل السكواون والحلافون والخياطون والساعاتيون كان ذلك يجري مجرى الإفهام الذي هو شرط عندنا في صحة الاجارة .

وعند أصحاب أحمد أن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كمنقذ البلد ، ولان شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض ، اذا عرف هذا فإن في المسألة أربعة أوجه .

(أحدها) وهو قول المذنب يستحق الاجر مطلقاً لأنه استهلك عمله فازمه عوضه والثاني : التفريق بين طلب رب الثوب منه أن يخيطه وبين أن يطلب من رب الثوب أن يخيطه له ، فإذا قال له رب الثوب خط هذا لي فقد كلفه بعمل له ما يقابله من الاجر فيلزمه لانه يأمره بالعمل والعمل لا يلزم بغير أجره ، واذا قال الخياط أعطني هذا الثوب لأخيطه لك لم تلزمه أجرته وهو قول أبي اسحاق المروزي ، حيث لم يأمره فليس ثم ما يوجب له الاجرة (والثالث) وهو قول أبي العباس بن سريج ، وهو الذي أخذ به أحمد وأصحابه ، وذكره النووي في المنهاج بصيغة التريض بقوله : وقيل وهو أنه اذا كان الصانع معروفاً بأخذ الأجرة على الخياطة لزمه ، والا لم يلزمه لان العرف يجري مجرى الشرط (والرابع) وهو الظاهر من المذهب أنه لا أجره له كمن قدم طعامه لمن يأكل فليس له أن يطلب ثمنه .

وخص المصنف والأصحاب السفينة اذا نزلها أو شحن فيها متاعه بغير اذن

الملاح فإنه يلزمه عوض استهلاك منفعة موضعه من السفينة . وقال الشرحس الرملي وقد يستحسن ترجيحه لوضوح مدركه — وهو يقصد أن يكون الصانع معروفاً باخذ الاجرة — اذ هو العرف ، وهو يقوم مقام اللفظ كثيراً ، ونقل عن الاكثرين ، والمعتمد الاول ، فإن ذكر اجرة استحقاقها قطعاً إن صح العقد ، ولا فاجرة المثل ، وأما إذا عرض كارضيك أو لا أخيك أو ترى ما تحبه أو يسرك أو أطعمك فتجب اجرة المثل ، نعم في الاخيرة يحسب على الاجير ما أطعمه إياه كما هو ظاهر ؛ وقد تجب من غير تعريض بها كما في عامل الزكاة اكتفاء بثبوتها بالنص فكأنها مسماة شرعاً ، وكعامل مساقاة عمل ماليس بلام له بإذن المالك اكتفاء بذكر المقابل له في الجملة .

قال : ولا يستثنى وجوبها على داخل الحمام أو راكب السفينة مثلاً من غير إذن لاستيفائه المنفعة من غير أن يصرفها صاحبها اليه بخلافه بإذنه ، وسواء في ذلك أسيّر السفينة بعلم مالِكها أم لا . وقول ابن الرفعة في المطلب له فيما إذا لم يعلم به مالِكها حين سيرها ، وإلا فيشبه أن يكون كما لو وضع متاعه على دابة غيره فسيرها مالِكها ، فإنه لا اجرة على مالِكها ، ولا ضمان مردود ، فقد فرق العراقي بينهما بأن راكب السفينة بغير إذن غاصب للبقعة التي هو فيها ولو لم يسيّر ، بخلاف واضع متاعه على الدابة لا يصير غاصباً لها بمجرد وضع متاعه ، وبفارق أيضاً بأن مجرد العلم لا يسقط الاجرة ولا الضمان ، فإن السكوت على إتلاف المال لا يسقط الضمان ، وهو علم وزيادة ، ومالك الدابة بسبيل من إلقاء المتاع قبل تسييرها بخلافه في راكب السفينة اهـ . قاله الرملي الصغير في النهاية والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الجمالة

يجوز عقد الجمالة وهو أن يبذل الجعل لمن عمل له عملاً من رد ضالة ورد
أبق وبناء حائط وخياطة ثوب وكل ما يستأجر عليه من الأعمال ، والدليل عليه
قوله تعالى ، ولما جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ، وروى أبو سعيد الخدري ، أن
ناساً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أتوا حياً من أحياء العرب فلم
يقروهم ، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا هل فيكم راق فقالوا لم تقرونا
فلا نفعل أو تجعلوا لنا جملاً فجعلوا لهم قطيع شاة فجعل رجل يقرأ بأم القرآن
ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل فأتوهم بالشاة فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل
رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك
فضحك وقال : ما أدراك أنها رقية ؟ خذوها واضربوا لي فيها بسهم ولأن الحاجة
تدعو إلى ذلك من رد ضالة وأبق وعمل لا يقدر عليه لحاز كالإجارة والمضاربة .

(فصل) ويجوز أن يعقد لعامل غير معين للآية ، ولأنه قد يكون له عمل
ولا يعرف من عمله ، لحاز من غير تعيين ، وروى المازني في المختصر عن الشافعي
رحمه الله في المنشور أنه قال إذا قال أول من يحج عنى فله مائة فحج عنه رجل أنه
يستحق المائة . وقال المازني : ينبغي أن يستحق أجره المثل لأنه إجارة فلم تصح
من غير تعيين ، وهذا خطأ ، لأن ذلك جمالة ، وقد بينا أن الجمالة تجوز من
غير تعيين العامل .

(فصل) ويجوز على عمل مجهول للآية ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك
لحاز مع الجمالة كالمضاربة ، ولا تجوز إلا بعوض معلوم ، لأنه عقد معاوضة
فلا تجوز بعوض مجهول كالنكاح ، فإن شرط له جملاً مجهولاً فعمل استحق
أجره المثل ، لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده ،
كالبيع والنكاح .

(فصل) ولا يستحق العامل الجعل إلا بإذن صاحب المال ، فأما إذا عمل له عملاً من غير إذنه بأن وجد له آبقاً فجاء به ، أو ضالة فردها إليه ، لم يستحق الجعل لأنه بذل منفعته من غير عوض ، فلم يستحق العوض ، فإن عمل بإذنه ولم يشترط له الجعل ، فعلى الأوجه الأربعة التي ذكرناها في الإجارة ، فإن أذن له وشرط له الجعل فعلم استحق الجعل ، لأنه استهلك منفعته بعوض فاستحق العوض كالاجير ، فإن نادى فقال : من رد عبدي فله دينار فرده من لم يسمع النداء لم يستحق الجعل لأنه متطوع بالرد من غير بدل ؛ فإن أبق عبد لرجل فنادى غيره أن من رد عبد فلان فله دينار ، فرده رجل وجب الدينار على المنادى ، لأنه ضمن العوض فلزمه ، فإن قال في النداء : قال فلان : من رد عبدي فله دينار فرده رجل لم يلزم المنادى ، لأنه لم يضمن . وإنما حكى قول غيره .

(فصل) ولا يستحق العامل الجعل إلا بالفراغ من العمل ، فإن شرط له جعلاً على رد الآبق فردته إلى باب الدار ففر منه أو مات قبل أن يسلمه لم يستحق شيئاً من الجعل ، لأن المقصود هو الرد ، والجعل في مقابلته ولم يوجد منه شيء ، وإن قال : من رد عبدي الآبق من البصرة فله دينار وهو ببغداد فردته رجل من واسط ، استحق نصف الدينار ، لأنه رد من نصف الطريق ، وإن رده من أبعد من البصرة لم يستحق أكثر من الدينار ، لأنه لم يضمن له لما زاد شيئاً .

وإن أبق له عبدان فقال من ردهما فله دينار ، فرد رجل أحدهما استحق نصف الجعل ، لأنه عمل نصف العمل . وإن قال : من رد عبدي فله دينار ، فاشترك في رده اثنان اشتركا في الدينار ، لانهما اشتركا في العمل فاشتركا في الجعل وإن قال لرجل : إن رددت عبدي فلك دينار ، وقال لآخر : إن رددته فلك ديناران ، فاشتركا في الرد استحق كل واحد منهما نصف ما جعل له ، وإن جعل لأحدهما ديناراً وللآخر ثوباً مجهولاً فرداه استحق صاحب الدينار نصف دينار وصاحب الثوب نصف أجرة المثل ، لأن الدينار جعل صحيح ، فاستحق نصفه ، والثوب جعل باطل فاستحق نصف أجرة المثل ، وإن قال لرجل إن رددت عبدي فلك دينار فشاركه غيره في رده ، فإن قال : شاركته معاونة له كان الدينار للعامل

لأن العمل كله له فكان العمل كله له ، وإن قال شاركته لا شاركه في العمل كان
للمعامل نصف العمل ، لأنه عمل نصف العمل ، ولا شيء للشريك لأنه لم
بشرط له شيئاً .

(الشرح) هي بثلاث الجيم عند ابن مالك وغيره . واقتصر النووي والجوهرى
والفيومى صاحب المصباح على كسرها ، وابن الرفعة في الكفاية والمطاب على
فتحها ؛ وهي لغة اسم لما يجعله الإنسان غيره على شيء يفعله ، وكذا الجعل
والجعله ، وأما تعريفها شرعاً فهو التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو
مجهول بمعين أو مجهول .

وقد أورد المصنف الجمالة عقب الاجارة ؛ وكذلك فعل النووي في الروضة
وصاحب الشرح ، لأن التلازم بين الاجارة والجمالة واضح ، لأنها عقد على
عمل ، إلا أن أكثر المصنفين في الفقه جعلوها بعد اللقطة ، لأنها طاب النقط
الدابة الضالة .

وقد استدلل المصنف على أنها من العقود الجائزة بقوله تعالى : وما ن جاء به
حمل بعير ، واعتبر الرمي سوقه الآية استثناساً وليس استدلالاً ، وعال ذلك
الشبرا مى فى حاشيته على النهاية هذه العبارة بأن شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا
وإن ورد فى شرعنا ما يقرره .

أما الحديث الذى ساقه المصنف عن أبى سعيد فقد رواه البخارى وسلم
وأبوداود والترمذى وابن ماجه ، وأتم هذه الطرق جميعاً رواية البخارى وإفظاها
انطلق نفر من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فى سفرة سافروها حتى نزلوا
على حى من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم ، فلدغ سيد ذلك الحى
فسعوا له بكل شيء ، لا ينفعه شيء ؛ فقال بعضهم : لو أتيتم هؤلاء الرهط
الذين نزلوا لعلمهم أن يكون عندهم بعض شيء ، فأتوهم فقالوا : يا أيها الرهط إن
سيدنا لدغ وسعينا له بكل شيء لا ينفعه فهل عند أحد منكم من شيء ؟ قال بعضهم
إنى والله لا رقى ولكن والله لقد استضيفناكم فلم تضيفونا فما أنا براق لكم حتى
تجعلوا لنا جعلاً ، فصالحوهم على قطيع من غنم فأتوا حتى يتفل عليه ، ويترأ الخاء لله

رب العالمين ، فكأنما نشط من عقال ، فانطلق يمشي وما به قلبة ، قال فأوفدوهم
 بجعلهم الذي صالحوهم عليه ، فقال بعضهم : اقتسموا ، فقال الذي رقى :
 لا تفعلوا حتى تأتي النبي صلى الله عليه وسلم فنذكر له الذي كان : فنظر الذي
 يأمرنا ، فقدموا على النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له ذلك فقال : وما يدريك
 أنها رقية ؟ ثم قال : قد أصبتم واضربوا لي معكم سهما ، وضحك النبي صلى الله
 عليه وسلم ، وقد روى البخاري رواية عن ابن عباس باللفظ : أن نفراً من أصحاب
 النبي صلى الله عليه وسلم مروا بماء فيهم لديم أو سليم فعرض لهم رجل من أهل
 الماء فقال : هل فيكم من راق فإن في الماء رجلاً لدينا أو سليماً ، فانطلق رجل منهم
 فقرأ بفاتحة الكتاب على شاه ، فجاء بالشاه إلى أصحابه فذكرهوا ذلك وقالوا :
 أخذت على كتاب الله أجراً ؟ حتى قدموا المدينة فقالوا : يا رسول الله أخذ على
 كتاب الله أجراً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن أحق ما أخذتم عليه
 أجراً كتاب الله ،

قوله « فاستضافوهم » في رواية للترمذي أنهم ثلاثون رجلاً . وقد روى
 الحاكم رواية أبي سعيد الخدري على أنه هو الراق ، وهي على شرط مسلم . قال
 الزركشي : ويستنبط منه جواز الجمالة على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية
 وإن لم يذكره . وهو متجه إن حصل به تعب والا فلا أخذاً مما يأتي .

على أن الإجماع منعقد على جوازها لما تدعو إليه الحاجة من ضالة ، أو عمل
 لا يقدر عليه ولا يجد من يتطوع به ، ولا تصح الإجارة عليه لجمالة ، فجاز أن
 يجعل له جملاً كالإجارة والقراض . وأركان الجمالة أربعة : صيغة ومعاقدان
 وعمل وعوض .

ولما كان العمل لا يستحق الا بإذن صاحب المال كالإجارة ، فانه فارق الإجارة
 في استحقاقه بالعمل ، أما الإجارة فانها تستحق بالعقد ، لأنه لو قال : من رد عليّ
 ضالتي فله درهم قبلها بطل ، هكذا أقاده الغزالي في كتاب الدور ، وعدم اشتراط
 قبضه في المجلس مطلقاً ، ويشترط في الملتزم للجعل ما لكا أو غيره أن يكون
 مطلق التصرف كما في الإجارة فلا يصح بالتزام الصبي أو المحجور عليه لفسفه أو
 المجنون . كما يشترط في العامل المعين أهلية العمل بأن يكون قادراً عليه ولا

تشرط الحرية وغير المكلف ، وأن يقوم بالعمل بإذن وبغير إذن ، كما قال ذلك السبكي خلافا لابن الرفعة في اشتراط إذن السيد ، ويخرج بذلك العاجز عن العمل كالصغير والضعيف إذا غلبهما العمل ، فأشبهه استئجار الأعمى للحراسة . هكذا أفاده الزركشي وابن العماد

ونقل المزي أن الشافعي نص في المنتور أنه إذا قال المعضوب : من حج عني فله مائة درهم ، لحج عنه انسان استحق المائة .

قال المزي : ينبغي أن يستحق أجره المثل ، لأن هذا اجارة فلا يصح من غير تعيين الاجر . هذا كلام الشافعي والمزي : والمسألة التي ساقها المصنف بذكر النووي رضي الله عنه أن الأصحاب فيها ثلاثة أوجه الصحيح وقوع الحج عن المستأجر ويستحق الاجرة المسماة . وهذا نص الشافعي واختاره النووي ، لأنه جمالة وليس باجارة . والجمالة تجوز على عمل مجمول : فمن باب أولى المعلوم . (والثاني) وهو اختيار المزي : أنه يقع عن المستأجر ويستحق الاجير أجره المثل لا المسمى . وقد حكى امام الحرمين ان معظم الأصحاب مالوا الى هذا . قال النووي : وليس كما قال . وهذا القائل يقول : لا تجوز الجمالة على عمل معلوم لأنه يمكن الاستئجار عليه .

(والثالث) أنه يفسد الاذن ويقع الحج عن الاجير ، لأن الاذن غير متوجه الى انسان بعينه ، فهو كما لو قال : وكنت من أراد بيع داري في بيعها . قالوكالة باطلة ولا يصح تصرف البائع اعتماداً على هذا التوكيل . وهذا الوجه حكاه الرافعي . وذكر امام الحرمين أن شيخ والده أبا محمد أشار اليه فقال : لا يمنع أن يحكم بفساد الاذن ، وهذا الوجه ضعيف جداً بل باطل مخالف للنص والمذهب والدليل . فاذا قلنا بالمذهب والمنصوص . فقال من حج عني فله مائة درهم فسمعه رجلان وأحرما عنه .

قال القاضي حسين والأصحاب : ان سبق احرام أحدهما وقع عن المستأجر القائل ويستحق السابق المائة . واحرام الثاني يقع عن نفسه لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر فصار كمن عقد نكاح أختين بعقد واحد . ولو قال من حج عني فله مائة دينار لحج عنه رجلان . أحدهما بعد الآخر .

وقع إخراج السابق بالإحرام عن المستأجر القائل وله عليه المائة . ولو أحرما معاً
وقع حج كل منهما عن نفسه ولا شيء لهما على القائل ، لأنه ليس فيهما أول . ولو
كان العوض مجهولاً بأن قال : من حج عني فله ثوب أو دراهم أو ناقة وقع الحج
عن القائل بأجرة المثل .

(فرع) استدلل المصنف من قوله تعالى « ولما جاء به » على جواز عقدها
لغير المعين ، كما في المثال الذي سبق فيمن يحج عنه ، كما استدلل بالآية أيضاً على
جوازها على عمل مجهول . وكذلك لو قال : من رد ضالتي من سامعي ندائي فله
كذا فرده من علم نداه ولم يسمع منه لم يستحق ، هكذا أفاده المأوردى وصرح
بمثله القاضي حسين .

قال الأذرعى ، وقول القاضي فان رده بنفسه أو بعبده استحق ، يفهم عدم
الاستحقاق إذا استقل العبد بالرد . قال النووي ، ولو قال أجنبي من رد عبد زيد
فله كذا استحققه الراد على الأجنبي . قال الرملى استحققه الراد العالم به على الأجنبي
لأنه التزمه فصار كخلع الأجنبي ؛ وكما لو التمس إلقاء متاع غيره في البحر خوفاً
الهلاك وعليه ضمانه .

إذا ثبت هذا فان العامل بلا إذن لا يستحق الجمالة ، لأنه لو أذن لشخص
فعمل غيره فلا شيء له — ولو كان معروفاً برد الضال بعوض — لأنه لم يلتزم
عوضاً له فوقع عمله تبرعاً . وقال الشبرايملى عند قوله « فلو عمل أحد بلا إذن
فقال ومن ذلك ما جرت به العادة في قرى مصرنا من أن جماعة اعتادوا حراسة
الجرين نهارة وجماعة اعتادوا حراسته ليلاً ، فان اتفقت معاقدتهم على شيء من
أهل الجرين أو من بعضهم باذن الباقيين لهم في العقد استحق الحارسون ما شرط
لهم ان كانت الجمالة صحيحة وإلا فأجرة المثل

وأما ان باشروا الحراسة بلا إذن من أحد اعتياداً على ما سبق من دفع أرباب
الزرع للحارس سهماً معلوماً عندهم لم يستحقوا شيئاً . وليس كما لو التزم الثن في
شراء غيره أو الثواب في هبة غيره ، لأنه عوض تملك فلا يتصور وجوبه على
غير من حصل له الملك ؛ والجمل ليس عوض تملك .

واستشكل ابن الرفعة هذه بأنه لا يجوز لأحد وضع يده على مال غيره بقول

الأجنبي بل يضمنه فكيف يستحق الأجرة . وأجيب بأنه لا حاجة إلى الإذن في ذلك لأن المالك راض به قطعاً ، أو بأن صورة ذلك أن يأذن المالك لمن شاء في الرد والنزاع الأجنبي بالجعل ، أو يكون الأجنبي ولاية على المالك ، وقد يهور أيضاً بما إذا ظنه العامل المالك أو عرفه وظن رضاه . وظاهر كلام المصنف أنه يلزمه العوض المذكور وإن لم يقل على .

قال الرملي : وهو كذلك فقد قال الخوارزمي في الكافي : ولو قال الفضولي : من رد عبد فلان فله علي دينار : أو قال فله دينار ، فمن رده استحق على الفضولي ما سمي . وصرح به ابن يونس في شرح التعجيز ، فانه صور المسألة بما إذا قال على ثم قال . وألحق الأئمة به قوله فله كذا . وإن لم يقل على ، لأن ظاهره التزام . ولو قال أحد الشريكين في رقيق : من رد رقيق فله كذا فرده شريكه فيه استحق الجعل . وصورة المسألة إذا لم يكن القائل ولي المالك . فأما إذا كان وليه وقال ذلك عن محجوره على وجه المصلحة بحيث يكون الجعل قدر أجرة مثل ذلك العمل أو أقل استحققه الراد في مال المالك بمقتضى قول وليه ، ويعلم مما تقرر أنه لا يتعين على العامل المعين العمل بنفسه . فلو قال لشخص معين : إن رددت على ضالتي فلك كذا لم يتعين عليه السعي بنفسه ، بل له أن يستعين بغيره ، فإذا حصل الفعل استحق الأجرة . قاله الغزالي في البسيط

قال الرملي : وحاصله أن توكيل العامل المعين غيره في الرد كتوكيل الوكيل فيجوز له أن يوكله فيما يعجز عنه وعلم به القائل أو لا يليق به كما يستعين به ، وتوكيل غير المعين بعد سماعه النداء غيره ، كالتوكيل في الاحتطاب والاستقاء ونحوهما فيجوز ، فعلم أن العامل المعين لا يستنصب فيها إلا إن عذر وعلم به الجاعل حال الجمالة . اهـ

(فرع) تصح الجمالة على عمل مجهول كما ذكر ذلك المصنف لأن الجهالة احتملت في القراض لحصول زيادة ، فاحتتملها في رد الحاصل أولى ، وهو مقيد كما أفاده جمع بما إذا عسر ضبطه لا كبناء حائط فيذكر محله وطوله وسنكه وارتفاعه وما يبنى به ، وخياطة ثوب فيصفه كالإجارة . أما صحتها على المعلوم فأولى . ومثال ذلك قوله : من رد علي ضالتي من مكان كذا فله كذا ، وهذا هو الأصح .

(والثاني) المنع للاستغناء عنه بالإجارة ، وقد عرفت أنه لا بد من كون العمل فيه كلفة أو مؤنة ، كرد آبق أو ضال ، أو أداء حج أو خياطة ثوب أو تعليم علم أو حرفة ، أو إخبار فيه غرض وصدق فيه ، فلو رد من هو بيده ولا كلفة فيه فلا شيء له ، إذ مالا كلفة فيه لا يقابل بعوض

فلو قال من دلى على مالى فله كذا فله غير من هو بيده استحق ، لأن الغالب أنه تلحقه مشقة . قال الأذرعى ويجب أن يكون هذا فيما إذا بحث عنه بعد جعل المالك . أما البحث السابق والمشقة السابقة قبل الجعل فلا عبرة بهما وبازم عدم التوقيت في الجمالة . لأنه لو قال من رد على ضالتي إلى شهر كذا فله كذا لم يصح كما في القراض ، لأن تقدير المدة محل بمقصود العقد ، فقد لا يظفر به فيها فيضيع سعيه ولا يحصل الغرض ، سواء أضرم إليه من محل كذا أم لا ، وغير واجب على العامل .

فلو قال من دلى على مالى فله كذا فله من المال في يده لم يستحق شيئا لأن ذلك واجب عليه شرعا ؛ فلا يأخذ عليه عوضا . وكذا لو قال من رد مالى فله كذا فرده من هو في يده ويجب عليه رده . وقضيته أنه لو كان الدال أو الراد غير مكاف استحق .

وقد أفتى الإمام النووي كما حكى ذلك صاحب نهاية المحتاج فيمن حبس ظلما فبذل مالا لمن يتكلم في خلاصه بجهاهه وغيره بأنها جمالة مباحة ، وأخذ عوضها حلال ، ونقله عن جماعه ، ثم قال وفي ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفا

(قلت) فإذا كان العرف هو الذى يبنى عليه حد الإباحة والمنع في الجمالة ففقتضى العرف الذى نعلمه اليوم أن ذلك رشوة ، فإذا كان صاحب جهاه يستطيع أن يرفع ظلما وقع على إنسان بجهاهه وجب عليه العمل على رفعه ، وبذلك تبطل الجمالة ، لأنها لا تكون إلا عوضا عما لا يجب على العامل . ومقتضى الصيغة والعمل لإحقاق الحق الذى يازم كل مسلم بمنع هذه الصورة التى أفتى بها النووي رحمه الله تعالى .

ولأنهم قالوا إن السعى والعمل وبذل الجهد هى مع حصول المقصود توجب

الجمالة ، وجعلوا إخبار الطبيب للمريض بدوائه عملاً تافهاً لا جهد فيه ولا سعى فلا يستحق عليه جملاً ، فكيف بمن له جاه يمكن أن يؤثر به في رفع ظلم أو قضاء مصلحة بدون مشقة أو جهد أو سعى إلا أن يتفوه بكامة هل يحل له أن يأخذ جمالة ؟ إن قياس المذهب والبناء على أصله يمنع ذلك . ولا أعلم في ذلك خلافاً في الأصل الذي بنينا عليه ، لأنه يستمد قوته من قوله صلى الله عليه وسلم « الحلال بين والحرام بين » ،

وبشروط صحة العقد كون الجعل مالا معلوماً لأنه عوض كالأجرة والمهر ولأنه عقد جواز للحاجة ، ولا حاجة لجهالة العوض بخلاف العمل ؛ ولأن جهالة العوض تفوت مقصود العقد إذ لا يرغب أحد في العمل مع جهالة العوض ، ويحصل العلم بالمشاهدة إن كان معيناً ، وبالوصف إن كان في الذمة . فلو قال : من رد ضالتي فله ما حملت ، وكان ما تحمله معروفاً كسرجهما وإجاءهما أو شيئاً آخر تنقله ضلت به وكان معروفاً للمعامل ،

واسـئـمـشـكـل ابن الرفعة اعتبار الوصف في المعين لأنهم منعه في البيع والاجارة وغيرهما .

قال البلقيني : ويمكن الفرق بدخول التخفيف هنا فلم يشدد فيها بخلاف نحو البيع ، وقياسه صحته فله نصفه إن علم ، وإن لم يعرف محله وهو أوجه الوجهين . وما قاسه عليه الرافعي من اسـئـمـشـكـل المارضة بنصف الرضيع بعد الفطام أجاب عنه في الكفاية بأن الأجرة المعينة تملك بالعقد فجعلها جزءاً من الرضيع بعد الفطام يقتضي تأجيل ملكه ، وهذا إنما تملك بهتمام العمل فلا مخالفة لمقتضى العقد ولا عمل يقع في مشترك ، كذا أفاده الرملي

(فرع) إذا قال : من رد علي ضالتي من بلد كذا فردته من جهته ذلك البلد لكن من أبعد منه فلا زيادة له لتبرعه بها . أما إذا قال : من رده من بلد كذا فردته من أقرب منه فلا يستحق الاقسطه من الجعل ، لأنه جعل كل الجعل في مقابلة العمل ، فبعضه في مقابلة بعضه ، فإن رده من نصف الطريق استحق نصف الجعل .

فإذا كانت الطريق غير متساوية في الحزونة والسهولة بأن كان النصف الذي قطعه يمكن أن تكون أجرته ضعف أجره النصف الآخر استحق الثلثين من الجعل ، فإن كان من البلد أو من مسافة مثل مسافته ولو من جهة أخرى استحق المسمى . ولو رد من البلد المعين ، ورأى المالك في نصف الطريق فدفعه إليه استحق نصف الجعل .

ولو قال : من رد عليّ ضالتي فله كذا ، فرد أحدهما استحق نصف الجعل ، استوت قيمة الضالتين أو اختلفت .

ولو قال لرجلين ان ردديتما ضالتي فلكما كذا فرد أحدهما أحدهما استحق الربع أو كليهما استحق النصف أو رداهما استحقا المسمى .

ولو قال أول من يرد ضالتي فله كذا فرداها استحقا المسمى مناصفة لو صفهما بالاولوية في الرد .

ولو قال لكل واحد من ثلاثة ردها ولك دينار ، فردوها جميعا استحق كل واحد منهم ثلث دينار توزيعا بالحصص على الرموس . هذا اذا عمل كل منهم لنفسه لياخذ الدينار .

أما لو قال : أعنت صاحبي فلا شيء له ويقسمان في الدينار ؛ أو قال اثنان ذلك أخذ الثالث الدينار وحده ولا شيء لهما وللآخر جميع المشروط ، فان شاركهم رابع فلا شيء له .

أما اذا قصد بمعاونته المالك أو أخذ الجعل منه فلكل واحد من الثلاثة ربع المشروط ؛ فان أعانا أحدهم فلكل واحد من الإثنين ربع المشروط وللمعاون — بفتح الواو — النصف ، فان شرط لأحدهم جملا مجمولا ، ولكل من الآخرين دينارا فردوه فله ثلث أجره المثل ولهما ثلثا المسمى . وهكذا قال النووي اذا اشترك اثنان في رده اشتركا في الجعل . ولو التزم جملا لمعين فشاركه غيره في العمل ان قصد اعانته فله كل الجعل .

وهنا يقول صاحب النهاية : لأن قصد الملتزم الرد من التزم له بأى وجه أمكن فلم يقصر لفظه على المخاطب وحده بخلاف ما مر فيها إذا أذن لمعين فرد نائبه مع قدرته ، لأن المالك لم يأذن فيه أصلاً . ولا شئ للمعين إلا إن التزم له المخاطب أجره ، ويؤخذ من كلامهم هنا ، وفي المساقاة كما أفاده السبكي جواز الاستنابة في الإمامة والتدريس وسائر الوظائف التى تقبل النيابة ، أى ولو بدون عذر فيها يظهر ، ولو لم يأذن الواقف إذا استناب مثله أو خيراً منه ؛ ويستحق المستناب جميع المعلوم ، وإن أفنى ابن عبد السلام والنووى بأنه لا يستحقه واحد منهما ، إذ المستناب لم يباشر والنائب لم يأذن له التناظر ، فلا ولاية له ، وما نازع به الأذرعى من كون ذلك سبباً لفتح باب أكل أرباب الجهالات مال الوقف دائماً مما أرسد المناصب الدينية ، واستنابة من لا يصلح أو يصلح بنذر يسير .

قال غيره : وهكذا جرى فلا حول ولا قوة إلا بالله مردود باشتراط كونه مثله أو خيراً منه .

ولو قال لو أحد : إن رددته فلك دينار . وقال آخر : إن رددته أرضيك ، أو أحلى بالحلوى فلك ، فرداه ، فلأول نصف الدينار ، والآخر نصف أجره مثل عمله .

وينقسم العقد باعتبار لزومه وجوازه إلى ثلاثة أقسام :

(أحدها) لازم من الطرفين قطعاً كالبيع والإجارة والسلم والصلح والحواله والمساقاة والهبة لغير القروع بعد القبض والخلع ، ولأزم من أحدهما قطعاً ، ومن الآخر على الأصح وهو النكاح فإنه لازم من جهة المرأة قطعاً ، ومن جهة الزوج على الأصح ، وقدرته على الطلاق ليست فسخاً .

(ثانيها) لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر قطعاً كالكتابة ، والرهن وهبة الأصول للقروع بعد القبض والضمان والسكاه .

(ثالثها) جائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعارية والوديعة ، وكذا العمل له قبل فراغ العمل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز لكل واحد منهما فسخ العقد لانه عقد على عمل مجهول بعوض ، فجاز لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة : فإن فسخ العامل لم يستحق شيئا لان الجعل يستحق بالمراعى من العمل ، وقد تركه فسقط حقه ، وإن فسخ رب المال ، فإن كان قبل العمل لم يلزمه شيء ، لانه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العامل فلم يلزمه شيء ، كما لو فسخ المضاربة قبل العمل ، وإن كان بعد ما شرع في العمل لزمه أجره المثل لما عمل ، لانه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه أجرته ، كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في العمل .

(فصل) ويجوز الزيادة والنقصان في الجعل قبل العمل ، فإن قال : من رد عبدي فله دينار : ثم قال : من رده فله عشرة ، فرده رجل استحق عشرة ، وإن قال : من رد عبدي فله عشرة ، ثم قال : من رده فله دينار ، استحق الدينار ، لانه مال بذل في مقابلة عمل في عقد جائز فجاز الزيادة والنقصان فيه قبل العمل كالربح في المضاربة .

(فصل) وإن اختلف العامل ورب المال فقال العامل : شرطت لي الجعل وأنكر رب المال ، فالقول قول رب المال : لأن الأصل عدم الشرط وعدم الضمان ، وإن اختلفا في عين العبد فقال السيد : شرطت الجعل في رد غيره . وقال العامل : بل شرطت الجعل في رده ، فالقول قول المالك ، لأن العامل يدعى عليه شرط الجعل في عقد ، الأصل عدمه ، فكان القول فيه قوله ، وإن اختلفا في قدر الجعل تحالفا كما قلنا في البيع ، فإذا تحالفا رجع الى أجره المثل كما رجع في البيع بعد هلاك السلعة الى قيمة العين .

وإن اختلف العامل والعبد فقال العامل : أنا رددته . وقال العبد جئت بنفسى وصدقه المولى ، فالقول قول المولى مع يمينه ، لأن الأصل عدم الرد ، وعدم وجوب الجعل ، وبالله التوفيق .

(الشرح) قلنا : إن العقود منها الجائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعارية

والوديعة (والجعالة قبل الفراغ من العمل) ومن ثم يجوز لأى منهما الفسخ قبل تمام العمل ، لأنه عقد جائز من الطرفين ، أما من جهة الجاعل فمن حيث إنها تعان استحقاق بشرط فأشبهت الوصية .

وأما من جهة العامل فلأن العمل فيها مجزول ، وما كان كذلك لا يتصف بالزوم كالإفراغ ، وإنما يتصور الفسخ من العامل في الابتداء إذا كان معيناً بخلاف غيره فلا يتصور فسخه إلا بعد شروعه في العمل ، والمراد بالفسخ رفع العقد ورده ، وخرج بقوله : قبل العمل ، ما بعده ، فإنه لا أثر للفسخ ، لأن الجعل قد ازم واستقر ، وعلم من جوازها انفساؤها بموت أحد المتعاقدين أو جنونه أو إغماؤه . فلو مات المالك بعد الشروع في العمل فردّه إلى وارثه استحق قسط ما عمله في الحياة من المسمى .

وإن مات العامل فردّه وارثه استحق القسط منه أيضاً ، فإن فسخ قبل الشروع أو فسخه العامل بعد الشروع فلا شيء له ، لأنه لم يعمل شيئاً في الأولى ، ولأن الجعل إنما يستحق في الثانية بتمام العمل : وقد فوته باختياره .

وان فسخ المالك بعد الشروع في العمل فعليه أجره المثل لما مضى في الأصح لأن جوازه يقتضى التسلط على رفعه ، وإذا ارتفع لم يجب المسمى كسائر الفسوخ لكن عمل العامل وقع محترماً فلا يحبط بفسخ غيره فرجع إلى بدله وهو أجره المثل كالأجرة إذا فسخت بعيب .

والثاني : لا شيء للعامل كما لو فسخ بنفسه ، ولا فرق على هذا القول بين أن يكون ما صدر من العامل لا يحصل به مقصود أصلاً كرد الضال إلى بعض الطريق أو يحصل به بعضه كما لو قال : ان علمت ابني القرآن فلك كذا ثم منعه من تعليمه ولا يشكّل ما رجّحه هنا كما يقول الرملي من استحقاق أجره المثل بقولهم : إذا مات العامل أو المالك في أثناء العمل حيث يفسخ ويجب القسط من المسمى لأن الجاعل أسقط حكم المسمى في مسئلتنا بفسخه بخلافه في تلك ، وما فرق به بعض الشراح من أن العامل في الانفساخ تم العمل بعده ولم يمنعه المالك منه

بخلافه في الفسخ ، محال نظر ، إذ لا أثر له في الفرق بين خصوص الوجوب من المسعى تارة ، ومن أجره المثل أخرى كما هو ظاهر المتأمل .

(فرع)

ويجوز للمالك أن يزيد وينقص في العمل وفي الجعل ولو من غير جنسه ونوعه قبل الفراغ كالمبيع في زمن الخيار ، سواء ما قبل الشروع في العمل أو بعده ، لأنه عقد جائز ، ولو قال : من رد ضالتي فله عشرة ، ثم قال من ردها فله خمسة أو عكس فلا اعتبار بالآخر من قوايه . أما بعد الشروع ففائدته وجوب أجره المثل له ، لأن النداء الأخير فسخ للأول ، والفسخ في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجره المثل ، ومحله قبل الشروع أن يعلم العامل بالتغيير ، فإن لم يعلم به فيما إذا كان معيناً ولم يعلم به الملتزم فيها إذا كان غير معين . هكذا أفاده في النهاية .

وقال الغزالي في الوسيط : ينقذح أن يقال : يستحق أجره المثل وهو الراجع وقال الماوردي والرويانى وأقره السبكي : يستحق الجعل الأول ، كما أقر ذلك البلقيني وغيره ، فعلى الأول لو عمل من سمع النداء الأول خاصة ، ومن سمع النداء الثاني استحق الأول نصف أجره المثل والثاني نصف المسعى الثاني ، وعلى قول الماوردي والرويانى والسبكي والبلقيني الأول نصف الجعل الأول وللثاني نصف الثاني .

أما التغيير بعد الفراغ فلا يؤثر ، لأن المال قد لزم ، ويتوقف لزوم الجعل على تمام العمل ، ولهذا قال النووي : ولو مات الآبق في بعض الطريق أو هرب فلا شيء للعامل .

قال الشراح : لأنه لم يردده والاستحقاق معلق بالرد ، ويخالف موت أجير الحج في أثناء العمل فإنه يستحق من الأجرة بقدر ما عمله في الأصح لأن القصد بالحج الثواب ، وقد حصل للمحجوج عنه الثواب ببعض ، والقصد هنا الرد ولم يوجد ، ولو لم يجد المالك سلم المردود إلى الحاكم واستحق الجعل ، فإن لم يكن حاكم أشهد واستحقه . ويجرى ذلك في سائر ما يتلف من محال الاعمال .

(فرع) اذا اختلف المالك والعامل فقد قال النووي رضى الله عنه يصدق المالك بيمينه اذا اذكر شرط الجعل أو سعى العامل اهـ .

والأول كأن يقول : ما شرطت الجعل ؛ أو شرطته في شيء آخر .

والثاني كأن يقول : لم ترده أنت وانما رده غيرك ، أو عادت الضالة بنفسها من غير سعي منك ، لان الاصل عدم الرد والشرط وبرائة ذمته ، فلو اختلفا بعد الاستحقاق في قدر الجعل أو جنسه أو صفته أو في قدر العمل كأن قال شرطت مائة على رد ضالتي فقال العامل بل على رد هذا فقط تحالفا ، وللعامل أجره المثل كما في القراض والاجارة ، كل هذا اذا اختلفا بعد الفراغ من العمل والتسليم ، أو قبل الفراغ فيها اذا وجب للعامل قسطه من العمل الذي عمله وجعالة ، فان كان العمل مضبوطاً مقدراً فاجارة ولو احتاج الى تردد غير مضبوط فجعالة والمراد أنه يجوز عقد الاجارة في الشق الاول دون الثاني ، ويد العامل على المأخوذ الى رده يد أمانة .

ولو رفع يده عنه وخلاه بتفريط كان خلاه بمضيعة ضمنه لتقصيره ، وان خلاه بلا تفريط كان خلاه عند الحاكم لم يضمنه ونفقته على مالكة ، فان انفق عليه مدة الرد فمتبرع الا ان اذن له الحاكم فيه أو أشهد عند فقده ليرجع ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب السبق والرمى

يجوز المسابقة والمناضلة لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل ، المضمرة منها ، من الحفيا إلى ثنية الوداع . وما لم يضم منها من ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق

وروى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كانت له ناقة يقال لها العضباء لا تسبق ، فجاء أعرابي على قعود له فسبقها ، فشق ذلك على المسلمين ، فقالوا يا رسول الله سبقت العضباء ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إنه حق على الله أن لا يرتفع من هذه القدرة شيء إلا وضعه .

وروى سلمة بن الأكوع قال : أتى علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نترامى فقال : حسن هذا لعباً ، ارموا يا بنى اسماعيل ، فإن أباكم كان رامياً ، ارموا وأنا مع ابن الأدرع ، فكف القوم أيديهم وقسيهم وقالوا غلب يا رسول الله من كنت معه ، قال ارموا وأنا معكم جميعاً ، فإن كان ذلك للجهاد فهو مندوب إليه لما روى عتبة بن عامر رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ، ألا إن القوة هي الرمي . قالوا ثلاثاً

وروى عتبة بن عامر قال ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ارموا واركبوا ، ولأن ترموا أحب إلى من أن تركبوا ، وليس من اللهو إلا ثلاثة ، ملاعبة الرجل أهله ، وتأديبه فرسه ، ورميه بقوسه . ومن علمه الله الرمي فتركه رغبة عنه فنعمة كفرها ، وإن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه المحتسب فيه الخير ، والرامي ، ومنباها ،

(فصل) ويجوز ذلك بعوض لما روى أنه سئل عثمان رضى الله عنه أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال نعم . راهن رسول الله صلى الله عليه وسلم على فرس له فجاءت مسابقة فهش لذلك وأعجبه ، والرهن

لا يكون إلا على عوض ، ولأن في بذل العوض فيه تحريضا على التعلم والاستعداد للجهد .

(فصل) ويجوز أن يكون العوض منهما ، ويجوز أن يكون من أحدهما ويجوز أن يبذله السلطان من بيت المال ، ويجوز أن يكون من رجل من الرعية لأنه إخراج مال لمصلحة الدين فجاز من الجميع كارتباط الخيل في سبيل الله ، ولا يجوز إلا على عوض معلوم إما معينا أو موصوفا في الذمة ، لأنه عقد معاوضة فلم يجز إلا على عوض معلوم كالبيع ، ويجوز على عوض حال ومؤجل لأنه عوض يجوز أن يكون عينا ودينا فجاز أن يكون حالا ومؤجلا كالثن في البيع .

(فصل) فإن كان العوض من أحدهما أو من السلطان أو من رجل من الرعية فهو كالجمالة ، وإن كان منهما ففيه قولان

(أحدهما) أنه يلزم كالإجارة وهو الصحيح لأنه عقد من شرط صحته أن يكون العوض والمعووض معلومين فكان لازما كالإجارة

(والثاني) أنه لا يلزم كالجمالة ، لأنه عقد يبذل العوض فيه على مالا يوثق به فلم يلزم كالجمالة . فإن قلنا إنه كالإجارة كان حكمهما في الرهن والضمان حكم الإجارة وحكمهما في خيار المجلس ، وخيار الشرط حكم الإجارة ، ولا يجوز لواحد منهما فسخه بعد تمامه ، ولا الزيادة ولا النقصان بعد لزومه ، كما لا يجوز ذلك في الإجارة .

وإن قلنا إنه كالجمالة كان حكمه في الرهن والضمان حكم الجمالة ، وقد مضى ذلك في كتاب الرهن والضمان ، فأما الفسخ والزيادة والنقصان — فإن كان قبل الشروع فيه أو بعد الشروع فيه وهما متكافئان فلاكل واحد منهما أن يفسخ ويزيد وينقص ، لأنه عقد جائز لا ضرر على أحد في فسخه والزيادة والنقصان فيه . وإن كانا غير متكافئين نظرت ، فإن كان الذي له الفضل هو الذي يطلب الفسخ أو الزيادة جاز ، لأنه عقد جائز لا ضرر على صاحبه في الفسخ والزيادة فيه ، فإلّا الفسخ والزيادة فيه .

وإن كان الذي عليه الفضل هو الذي يطلب الفسخ أو الزيادة ففيه وجم . إن

(أحدهما) له ذلك ، لأنه عقد جائز فملك فسخه والزيادة فيه
(والثاني) ليس له لأننا لو جوزنا ذلك لم يسبق أحد أحداً ، لأنه متى لاح له
أن صاحبه يغلب ففسخ أو طلب الزيادة فيبطل المقصود .

(الشرح) حديث ابن عمر رضي الله عنه متفق عليه عند الشيخين ، ورواه
أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه بإفظ : سابق رسول الله (ص)
بين الخيل فأرسلت التي ضممت منها وأمدتها الحفيا إلى ثنية الوداع ، والتي لم تضمر
أمدتها ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق ،

وزاد البخاري قال : قال سفيان : من الحفيا إلى ثنية الوداع خمسة أميال
أو ستة . ومن ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق ميل .

وروى أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه عن ابن عمر : أن النبي (ص)
سابق بين الخيل وفضل القُرُح في الغاية ،

أما حديث أنس بن مالك فقد رواه أحمد والبخاري بإفظ : كانت لرسول الله
صلى الله عليه وسلم ناقة تسمى العضياء ، وكانت لا تسبق ، فجاء أعرابي على
فعود له فسبقها فاشتد ذلك على المسلمين وقالوا : سبقت العضياء ، فقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم : إن حقاً على الله أن لا يرفع شيئاً من الدنيا إلا وضعه ،
أما حديث سلمة بن الأكوع فقد أخرجه أحمد والبخاري بإفظ : مر رسول
الله صلى الله عليه وسلم على نفر من أسلم ينتضلون بالسوق فقال : ارموا يا بني
اسماعيل فإن أباكم كان رامياً ، ارموا وأنا مع بني فلان ، قال فأسسك أحد
الفريقين بأيديهم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما لكم لا ترمون ؟ قالوا
كيف نرمي وأنت معهم ؟ فقال ارموا وأنا معكم ،

وفي رواية عند ابن حبان والبخاري عن أبي هريرة في مثل هذه القصة : وأنا
مع ابن الأدرع ، وعند الطبراني من حديث حمزة بن عمرو الأسلمي : وأنا مع
عجن بن الأدرع ، وفي رواية : وأنا مع جماعتكم ، وفي رواية للطبراني : أنهم
قالوا من كنت معه فقد غلب ، وكذا في رواية ابن اسحاق ،

أما حديث عقبه بن عامر الجهني فقد رواه أحمد ومسلم ، ولفظه : سمعت

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة . ألا إن القوة الرمي ، ألا إن القوة الرمي ، ألا إن القوة الرمي وفيهما عنه رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم : من علم الرمي ثم تركه فليس منا ، وعنه أيضا عند أحمد وأصحاب السنن مرفوعا : إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر الجنة ، صانعه الذى يحنسب فى صنعته الخير ، والذى يجهز به فى سبيل الله . والذى يرمى به فى سبيل الله . وقال أرموا وأركبوا . فإن ترموا خير لكم من أن تركبوا . وقال كل شئ يلهو به ابن آدم باطل إلا ثلاثا : رميه عن قوسه وتأديبه فرسه ، وملاعبته أهله ، فإنهم من الحق ، وفى إسناده خالد بن زيد أو ابن يزيد فيه مقال .

وقال فيه ابن حجر فى التقريب : خالد بن زيد أو بن يزيد الجهنى عن عقبة فى الرمي ، مقبول من الثالثة .

قلت : وبقيّة إسناده ثقات ، وقد أخرجه الترمذى وابن ماجه من غير طريقه . وأخرجه أيضا ابن حبان ، وفى رواية أبى داود زيادة : ومن ترك الرمي بعدما علمه فإنما نعمة تركها .

وفى هذه الأحاديث وغيرها مما سياتى فى موضعه دليل على جواز المسابقة ومشروعيتها على جعل وعلى غير جعل ، فإن كان الجعل من غير المتسابقين كالإمام يجعله للسابق جائزة جاز أو من أحدهما جاز عند الجمهور . وكذا إذا كان معهما ثالث محال بشرط أن لا يخرج من عنده شيئا ليخرج العقد عن صورة القمار وعلى تفصيل سياتى فى موضعه .

وقد وقع الاتفاق على جواز المسابقة بغير عوض لكن قصرها مالك والشافعى على الخف والحافر والنصل ، وخصه بعض العلماء بالخبل . وأجازه عطاء فى كل شئ .

وقد حكى عن أبى حنيفة أن عقد المسابقة على مال باطل . وحكى عن مالك أيضا أنه لا يجوز أن يكون العوض من غير الإمام ، وحكى أيضا عن مالك وابن الصباغ وابن خيران أنه لا يصح بذل المال من جهتهما وإن دخل المحال . وروى عن أحمد بن حنبل أنه لا يجوز السبق على الفيلة ، وروى عن أصحابنا أنه يجوز

على الأقدام مع العوض . وقوله : ضمرت ، لفظ البخاري التي أضمرت والتي لم تضمر بسكون الضاد المعجمة والمراد به أن تغلب الخيل حتى تسمن وتقوى ثم يقلل علفها ، بقدر القوت ، وتدخل بيتاً وتغشى بالجلال حتى يحمر فتعرق ، فإذا جف عرقها خف لحمها وقويت على الجري ، هكذا في الفتح والنهاية . وزاد في الصحاح أربعين يوماً . وقوله : الحفيا ، بفتح فسكون بعد يوم ممدودة وقد تقصر . وحكى الحازمي تقديم الياء على الفاء ، وحكى القاضي عياض ضم أوله وخطأه . وقوله : ثنية الوداع ^(١) ، من منعطفات الجبال قرب المدينة ، وكانوا يودعون الحاج منها .

وقوله : قعود ، بفتح القاف ، وهو ما استحق الركوب من الإبل . وقال الجوهري : هو البكر حتى يركب ، وأقل ذلك أن يكون ابن سنتين إلى أن يدخل في السادسة فيسمى جملاً . وقال الأزهري : لا يقال إلا للذكر ؛ ولا يقال للأنثى قعودة ، وإنما يقال لها قلوص . قال وقد حكى الكسائي في النوادر قعودة للقلوص وكلام الأكثر على غيره . وقال الخليل بن أحمد : القعودة من الإبل ما يفتعده الراعي لحل مناعه .

قوله : تسمى العضباء ، بفتح العين وسكون الضاد المعجمة ومد . قوله : وكانت لا تسبق ، زاد البخاري : قال حميد : أو لا تكاد تسبق . شك منه وهو موصول بإسناد الحديث المذكور كما قاله ابن حجر . وقوله : أن لا يرفع شيئاً الخ في رواية موسى بن اسماعيل : أن لا يرتفع . وكذلك في رواية للبخاري ، وفي

(١) يزعم بعض من لم يرزق نعمة التمهيص والتمهيق أن الرسول (ص) دخل المدينة منها في الهجرة إليها ، وقابله أهلها بقولهم : طلع البدر علينا من ثنيات الوداع ، وهذا غير صحيح لأنه صلى الله عليه وسلم إنما دخلها من ثنية بني النجار وهذه في الجنوب وتلك في شمال المدينة . وإنما قيلت هذه الأنشودة من جارية نذرت أن تضرب بين يديه فقال لها : إن كنت نذرت فافعلي ، فأخذت تضرب بالدف بين يديه وهي تغني بها . هكذا رواها أبو داود وسأقها النووي في كتاب النذور من المجموع ، وورد أنها قيلت وهو عائد من غزاة تبوك . ولم يرد أنها قيلت في الهجرة من طريق معتبر .

رواية للنسائي « أن لا يرفع شيء نفسه في الدنيا ، ولم أطلع على رواية في طرق الحديث فيه لفظ « القدر » ، والله أعلم

فإذا عرف أن السبق والرمى قد ثبتا بالسنة المستفيضة عرف أيضا أنهما ثبتا بالإجماع ، والسبق والرمية عنصران فارهان من عناصر مكونات المارة المسلم القوى . وقد بلغ من حرص النبي صلى الله عليه وسلم على أن يهتم أصحابه رضوان الله عليهم بهما حرصا جعله يحضر مبارياتهم ويشترك فيها ويبحث على حضورها ويقول صلى الله عليه وسلم « احضروا الهدف فإن الملائكة تحضره ، وإن بين الهدفين لروضة من رياض الجنة »

قال الماوردي في الحاوي الكبير : فإذا ثبت جواز السبق والرمى فهو مندوب إليه إن قصد به أهبة الجهاد ، ومباح إن قصد به غيره ، لأنه قد يكون عدة للجهاد ويجوز أخذ العوض في المسابقة والمناضلة منهم ومن السلطان على ما سنده . وحكى عن أبي حنيفة أنه منع من أخذ العوض عليه بكل حال ، فمن متأخري أصحابه من أنكره من مذهبه وجعله موافقا .

وقال مالك : إن أخرجه السلطان من بيت المال جاز ، وإن أخرجه المتسابقون المتناضلون لم يجز ، استدلالا بأمرين (أحدهما) أنه أخذ عوض على لعب فأشبهه أخذه على اللهو والصراع (والثاني) أنه أخذ مال على غير بدل فأشبهه القمار .

ودليلنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا سَبَقَ إلا في خف أو حافر أو نصل . فلما استثناه في الإباحة دل على اختصاصه بالعوض ، ولولا العوض لميا احتاج إلى الاستثناء لجواز جميع الاستباق بغير عوض ، اه
وقول المصنف : لميا روى أنه سئل عثمان رضي الله عنه الخ . يؤخذ على المصنف فيه أمور :

(أحدها) أنه ساق الحديث بقوله روى بصيغة التريض ، والحديث رواه أحمد في مسنده والدارمي في سننه والدارقطني والبيهقي ، ولفظ أحمد بإسناده إلى أنس وقيل له « أكنتم تراهنون على عهد رسول الله (ص) ؟ » أكان رسول الله

صلى الله عليه وسلم يراهن؟ قال: نعم والله لقد راهن على فرس يقال له: سبيحة فسبق الناس فيهمش^(١) لذلك وأعجبه، ورواية الدارمي والدارقطني والبيهقي عن أبي ليبيد قال: أتينا أنس بن مالك وأخرج نحوه البيهقي من طريق سليمان بن حزم عن حماد بن زيد أو سعيد بن زيد عن واصل بن أبي عتبة قال حدثني موسى بن عبيد قال كنا في الحجر بعد ما صلينا الغداة فلما أسفرنا إذا فينا عبد الله بن عمر فجعل يستقر بنا رجلا رجلا ويقول: صليت يا فلان حتى قال: أين صليت يا أبا عبيد؟ فقلت: ههنا، فقال: بخ بخ، ما يعلم صلاة أفضل عند الله من صلاة الصبح جماعة يوم الجمعة، فسألوه: أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال: نعم، لقد راهن على فرس يقال لها سبيحة فجاءت سابقة، ثانيها: أنه قال سئل عثمان ورواية أحمد السؤال كان موجهها إلى أنس.

ورواية الدارمي والدارقطني والبيهقي من حديث أبي ليبيد قال: أتينا أنس بن مالك، وأخرج نحوه البيهقي من طريق سليمان بن حزم التي أوردناها من صلة مسندة إلى ابن عمر وليس في شيء منها سئل عثمان رضى الله عنه.

الثالث: رواية بعض ألفاظ الخبر بالمعنى كقوله: فهش لذلك بحذف الباء، وقد تكون هذه الأخيرة من أخطاء النساخ أو الطباعين. أما بعد

فإذا صح جواز السبق بعوض وغير عوض فهو بغير عوض من العقود الجائزة دون اللازمة، وإن كان معقوداً على عوض ففي لزومه قولان.

(أحدهما) أنه من العقود اللازمة كالإجارة، ليس لواحد منهما فسخه بعد تمامه إلا عن تراض منهما بقسمته، ولا يدخله خيار الثلاث، وفي دخول خيار المجلس فيه وجهان كالإجارة، فإن شرعا في السبق والرمي سقط خيار المجلس فيه لأن الشروع في العمل رضى بالامضاء.

(والقول الثاني) أنه من العقود الجائزة دون اللازمة كالجمالة، وبه قال أبو حنيفة، ويكون كل واحد من المتسابقين قبل الشروع في السبق وبعد الشروع فيه بالخيار ما لم يستقر السبق وينبرم، فإن شرط فيه اللزوم بطل.

(١) بهش بالباء الموحدة والشين المعجمة أى هش وفرح.

فإن قيل يلزومه على القول الأول فدليله شيان .
(أحدهما) أنه عقد ومن شرط صحته أن يكون معلوم العوض والمعوّض ،
فوجب أن يكون لازماً كالاجارة طرداً والجمالة عكساً ،

(والثاني) أن ما أفضى إلى إبطال المقصود بالعقد كان ممنوعاً منه في العقد ،
وبقاء خياره فيه مفض إلى إبطال المقصود به ، لأنه إذا توجه السبق على أحدهما
وفسخ لم يتوصل إلى سبق ولم يستحق فيه عوض ، والعقد موضوع لاستقراره
واستحقاقه فنافاه الخيار وضاهاه اللزوم .

فإن قيل بجوازه على القول الثاني فدليله شيان أحدهما أن ما صح من عقود
المعاوضات إذا قابل غير موثوق بالقدرة عليه عند استحقاقه كان من العقود
الجازة دون اللازمة كالجمالة طرداً ، لأنه لا يثق بالغلبة في السبق والرمي كما لا يثق
بوجود الضالة في الجماله ، وعكسه الاجارة ، متى لم يثق بصحة العمل منه لم يصح
العقد ، والثاني أن ما كان إطلاق العوض فيه موجباً لتعجيل استحقاقه كان جائزاً
ولا يكون لازماً وحاصل ذلك أن المسابقة إذا كانت بين اثنين أو فريقين لم تخل
إما أن يكون العوض منهما أو من غيرهما ، فإن كان من غيرهما نظرت ، فإن كان
من الامام جاز سواء كان من ماله أو من بيت المال ، لأن في ذلك مصاحبة وحشا
على تعلم الجهاد ونفعا للمسلمين ، وإن كان غير إمام جاز له بذل العوض من ماله ،
وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد .

وقال مالك : لا يجوز بذل العوض من غير الامام ، لأن هذا مما يحتاج اليه
للجهاد ، فاختص به الامام كنوالية الولايات وتأمير الأمراء
ولصحة العقد على السبق بالأعواض خمسة شروط .

(أحدها) التكافؤ فيما يسبقان عليه ، وفيما يتمكفآن به وجمان : أحدهما :
وهو الظاهر من مذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابه ، أن التكافؤ بالتجانس
فيسابق بين فرسين أو بغلين أو حمارين أو بعيرين ليعلم بعد التجانس أيهما السابق
ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل ، ولا بين حمار وبعير ، لأن تفاضل الاجناس

معلوم ، وأنه لا يجري البغل في شوط الفرس على ما سيأتى قريباً . والوجه الثانى وهو قول أبى إسحاق المروزى أن التكافؤ فى الاستباق غير معتبر بالتجانس .

(والشرط الثانى) الاستباق عليها مركوبة لنتهى إلى غايةها بتدبير راکبها فان شرط إرسالها لتجرى مسابقة بأنفسها لم يحز وبطل العقد عليها لأنها تنافر بالارسال ولا تقف على غاية السبق ، وإنما يصح ذلك فى الاستباق بالطيور إذا قيل بجواز الاستباق عليها لما فيه من الهداية إلى قصد الغاية ، وأنما لا تنافر فى طيرانها .

(والشرط الثالث) أن تكون الغاية معلومة لأنها مستحقة فى عقد معاوضه فان وقع العقد على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر لم يحز لأمرين ، أحدهما : جمالة الغاية . والثانى : لأنه يفضى ذلك لأجرائهما حتى يعطبا ويتلفا . (والشرط الرابع) أن تكون الغاية التى يمتد إليها شوطهما المحتملا الفرسان ولا ينقطعان فيها ، فان طالت عن انتهاء الفرسين إليها الا عن انقطاع وعطب بطل العقد لتحريم ما أفضى إلى ذلك .

(والشرط الخامس) أن يكون العوض فيه معلوما كالأجور والأثمان ، فان أخرجه غير المتسابقين جاز أن يتساويا فيه ويتفاضلا ، لأن البازل للسبق مخير بين القليل والكثير ؛ فجواز أن يكون مخير بين التساوى فى التفضيل ، ويجوز أن يتماثل جنس العوضين وأن لم يختلف .

قال الشافعى رضى الله عنه : والاستباق ثلاثه سبق يعطيه الوالى أو الرجل غير الوالى من ماله متطوعا به ، وذلك مثل أن يسبق بين الخيل من غايه إلى غايه فيجعل للسابق شيئا معلوما وإن شاء جعل للمصلى ، والثالث والرابع الذى يليه بقدر ما رأى ، فما جعل لهم كان على ما جعل لهم ، وكان مأجورا عليه أن يؤدى فيه وحلالا لمن أخذه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتجوز المسابقة على الخيل والأبل بعوض ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى (ص) قال : لا سبق الا فى نصل أو خف أو حافر ، ولأن

الحيل تقاتل عليها العرب والعجم والإبل تقاتل عليها العرب فجازت المسابقة عليها بالبعوض
واختلف قوله في البغل والحمار ، فقال في أحد القولين تجوز المسابقة عليهما ببعوض
لحديث أبي هريرة : ولأنه ذو حافر أهلي فجازت المسابقة عليهما ببعوض كالخيل
(والثاني) لا تجوز لأنه لا يصلح للسكر والفر ، فأشبهه البقر

واختلف أصحابنا في المسابقة على الفيل ببعوض ، فمنهم من قال : لا تجوز ،
لأنه لا يصلح للسكر والفر . ومنهم من قال : تجوز لحديث أبي هريرة ، ولأنه
ذو خف يقاتل عليه فأشبهه الإبل .

واختلفوا في المسابقة على الحمام ، فمنهم من قال لا تجوز المسابقة عليها ببعوض
وهو المنصوص لحديث أبي هريرة ، ولأنه ليس من آلات الحرب فلم تجز المسابقة
عليه ببعوض ، ومنهم من قال تجوز لأنه يستعان به على الحرب في حمل الأخبار
فجازت المسابقة عليه ببعوض كالخيل .

واختلفوا في سفن الحرب كالزبازب والشذوات ، فمنهم من قال تجوز ، وهو
قول أبي العباس ؛ لأنها في قتال الماء كالخيل في قتال الأرض ، ومنهم من قال
لا تجوز ، لأن سبقهما بالملاح لا بمن يقاتل فيها

واختلفوا في المسابقة على الأقدام ببعوض ، فمنهم من قال تجوز لأن الأقدام
في قتال الرجال كالخيل في قتال الفرسان ، ومنهم من قال لا تجوز ، وهو
المنصوص لحديث أبي هريرة ، ولأن المسابقة ببعوض أجهزت ليتعلم بها ما يستعان
به في الجهاد ، والمشى بالأقدام لا يحتاج إلى التعلم

واختلفوا في الصراع ، فمنهم من قال يجوز ببعوض ، لما روى أن النبي (ص)
صارع يزيد بن ركانه على شاه فصرعه ، ثم عاد فصرعه ، ثم عاد فصرعه ، فأسلم
ورد عليه الغنم .

ومنهم من قال : لا يجوز . وهو المنصوص لحديث أبي هريرة ، ولأنه ليس
من آلات القتال .

وحديث يزيد بن ركانه محمول على أنه فعل ذلك ليسلم ، ولأنه لما أسلم رد
عليه ما أخذ منه .

(الشرح) حديث أبي هريرة أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، ولم يذكر فيه ابن ماجه: أو نصل، وأخرجه أيضا الشافعي والحاكم من طرق وصححه ابن القطان وابن حبان وابن دقيق العيد، وحسنه الترمذي وأعله يحيى بن سعيد القطان بالوقف، ورواه الطبراني وأبو الشيخ من حديث ابن عباس. وأما حديث يزيد بن ركانة فقد رواه أبو داود بلفظه عن محمد بن علي بن ركانة أن ركانة صارع النبي (ص) فصرعه النبي (ص)، وفي إسناده أبو الحسن العسقلاني وهو مجهول. وأخرجه أيضا الترمذي من حديث العسقلاني أيضا عن أبي جعفر محمد بن ركانة وقال: غريب وليس إسناده بالقائم.

وروى أبو داود في المراسيل عن سعيد بن جبير قال: كان رسول الله (ص) بالبطحاء فأتى عليه يزيد بن ركانة أو ركانة بن يزيد ومعه عير له فقال له: يا محمد هل لك أن تصارعني؟ فقال ما تسبقني — أي ما تجعله لي من السبق — قال: شاة من غنمي، فصارعه فصرعه فأخذ الشاة، فقال ركانة: هل لك في العود؟ ففعل ذلك مرارا، فقال يا محمد ما وضع جنبي أحد إلى الأرض، وما أنت بالذي تصرعني فأسلم ورد النبي صلى الله عليه وسلم عليه غنمه.

قال الحافظ بن حجر: إسناده صحيح إلى سعيد بن جبير إلا أن سعيداً لم يدرك ركانة، قال البيهقي وروى موصولا.

وفي كتاب السبق لأبي الشيخ من رواية عبيد الله بن يزيد المصري عن حماد عن عمرو بن دينار عن سعيد بن جبير عن ابن عباس مطولا. ورواه أبو نعيم في معرفة الصحابة من حديث أبي أمامة مطولا، وإسنادهما ضعيف.

وروى عبد الرزاق عن معمر عن يزيد بن أبي زياد، وأحسبه عن عبد الله ابن الحارث قال: صارع النبي صلى الله عليه وسلم أبا ركانة في الجاهلية وكان شديداً، فقال شاة بشاة، فصرعه النبي صلى الله عليه وسلم، فقال عاودني في أخرى، فصرعه النبي صلى الله عليه وسلم، فقال عاودني، فصرعه صلى الله عليه عليه وسلم الثالثة، فقال أبو ركانة: ماذا أقول لأهلي؟ شاة أكلم أذنب! وشاة نشزت فما أقول في الثالثة؟ فقال النبي (ص): ما كنا لنجمع عليك أن نصرعك فنغرمك خذ غنمك، هكذا وقع فيه: أبو ركانة والصواب ركانة.

أما ألفاظ الفصل فقوله : لا سبق هو بفتح الباء . المال الذي يساق عليه ، والنصل هو السهم ، والخنف الإبل ، والحافر للفرس والبغل والحصار ، الظائف لسائر البهائم ؛ والمخلب للطير ، وقوله كالزبازب جمع زبذب نوع من السفن منها الصغير والكبير والأول مربع خفيف ، وكذلك الشذوات وكلا اللفظين أجمعى أما الأحكام فقد فسر الشافعى رضى الله عنه حديث أبى هريرة بقوله : والخنف الإبل والحافر الخيل والنصل كل سهم أو ما يشابهه . وقل فى موضع أن الحافر الخيل والبغال والحمير لأنها تركب للجهاد كالإبل ويلقى عليها العدو كالخيل وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حرب هوازن على بغلته الشهباء فصار فى الحافر قولان .

فأما النصل فالمراد به السهم المرمى به عن قوس ، وإن كان النصل اسماً لحديدة السهم فالمراد بجميع السهم ، فهذه الثلاثة هى التى نص عليها النبي صلى الله عليه وسلم فى جواز السبق بها ، فاختلاف قول الشافعى فيها فقال : يحتمل معنيين . أحدهما أنها رخصة مستثناة من جملة محظورة لأنه أخرج باستثنائه ما خالف حكم أصله ، فعلى هذا لا يجوز أن يقاس على هذه الثلاثة غيرها ؛ ويكون السبق مقصوراً على التى تضمنتها الخبر وهى الخنف ، والخنف الإبل وحدها والحافر وفيه قولان . (أحدهما) الخيل وحدها (والثانى) الخيل والبغال والحمير ، والنصل وهو السهم ويكون السبق بما عداها محظوراً .

والقول الثانى فى المعنيين أن النص على الثلاثة أصل مبتدأ ورد الشرع ببيانها وليس بمستثنى ، وإن خرج مخرج الاستثناء لأن المراد به التوكيد دون الاستثناء فعلى هذا يقاس على كل واحد من الثلاثة ما كان فى معناها كما قيس على الستة فى الرابما وافق معناها ، وعليه يكون التفريع ، فيقاس على الخنف السبق بالفيله لأنها ذوات أخفاف كالإبل ، وهى فى ملاقة العدو أنسكى من الإبل .

وهل يقاس عليها السبق بالسفن والطيارات البحرية التى أطلقوا عليها الزبازب والشذوات أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وهو قول ابن سريج يجوز السبق عليها لأنها معدة لجهاد العدو في البحر وحمل ثقله كالابل في البر .

(والوجه الثاني) لا يجوز السبق عليها لان سبقها بقوة ملاحها دون المقاتل فيها ، فأما السبق بالزواريق السكبار والمراكب الثقيلة التي لم تجر العادة في لقاء العدو بمثلها فغير جائز على الوجهين معاً هكذا أفاده الماوردي في الحاوي ، فأما كون الحافر بالخيول والبغال والحمير نصاً في أحد القولين لا نقلاً من اسم الحافر عليها وقياساً في القول الثاني لأنها ذوات حوافر كالخيول وفي معناها ، واختلف أصحابنا هل يقاس عليها السبق بالاقدام أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) وبه قال أبو حنيفة : تجوز المسابقة بالاقدام بعوض وبغير عوض لان رسول الله صلى الله عليه وسلم استبق هو وعائشة على أقدامهما ، ولان السعي من قتال الرجال كالخيل في قتال الفرسان .

والوجه الثاني وهو الظاهر من مذهب الشافعي أن المسابقة بالاقدام لا تجوز مطلقاً عند الماوردي في الحاوي ويشمل ما كان بغير عوض أو بعوض لانه سبق على فعلها من غير آلة فأشبهه الطفرة والوثبة ، ولان السبق على ما يستفاد بالتعليم ليسكون باعثاً على معاطاته ، والسعي لا يستفاد بالتعليم ، وقيس المصنف عدم الجواز على المذهب والمنصوص أنه ما كان بعوض .

قال الماوردي : فعلى هذا ان قيل : ان المسابقة بالاقدام لا تجوز فالمسابقة بالسباحة أولى أن لا تجوز : وان قيل بجوازها على الاقدام ففي جوازها بالسباحة وجهان (أحدهما) تجوز كالاقدام لان أحدهما على الارض والآخر في الماء .

(والوجه الثاني) أنها لا تجوز بالسباحة وان جازت بالاقدام لان الماء مؤثر في السباحة والارض غير مؤثرة في السعي أه . وهذا كلام من لا يعرف قواعد السباحة وكونها علماً ومهارة ولها قواعد لا تنأى الا بالتعلم والتمرس مع لياقة البدن وقوته حتى تكون المهارة والتفوق والسبق .

وقد تطورت أسباب الاعداد للجهاد فكان منها الضفادع البشرية الذين يغرسون في أعماق البحار ليدمروا السفن الحربية وقلاع الشغور ، وهي أنشكى

على الأعداء من ركوب الخيل والحمير ، ولولا مهارة عساكر الإسلام وجند القرآن في علوم البحار وأولها إتقان السباحة ما تسنى للصحابه أن ينتصروا على الروم في معركة ذات الصواري في الاسكندرية ولا طرخوا بأيديهم القوية أبواب القسطنطينية على عهد معاوية وكانت قيادة الأسطول لولده يزيد .

وأما السبق بالصراع أو المصارعة فقد كانت تقوم عند السلف على قوة البدن وعلى إحسان القبض على الخصم وإلقائه أرضاً وهي في زماننا هذا تقوم على أضرب منها الحرة والرومانية واليابانية ، ولكل نوع منها أسلوبه في صرع الخصم ، وهي تهدف جميعاً إلى إحسان القبض على الخصم وإجباره على أن يتخذ وضعاً يسدنه يعجز معه عن المقاومة .

وقد اختلف أصحابنا في السبق بالصراع على وجهين :

(أحدهما) وهو مذهب أبي حنيفة أنه جائز لما روى عن النبي (ص) أنه خرج إلى الأبطح في قصة يزيد بن ركانة ، وقد مضى تخريج طرقها وبيان وجه الحق فيها وهي روايات بمجموعها وإن لم يصح منها واحدة إلا أنها تنمض للاحتجاج .
والوجه الثاني وهو ظاهر مذهب الشافعي ، والمنصوص عنه أنه لا يجوز ، فالسبق على المشابكة بالأيدي لا تجوز . وإن قيل بجوازه في الصراع ففي جوازه بالمشابكة وجهان كالسباحة .

ومنها اختلاف أصحابنا في السبق بالحمام وجهان ، وهو نوع من الحمام الذكي الصبور الذي يعبر البحار ويقطع الفيا في والقفار حتى يصل إلى غايته بسرعة فائقة يحمل الأخبار والكتب ، وكان لأمره الإسلام وقواد الجيوش أبراج لتلقى هذه الحمام فيفوضون كتبها بأنفسهم ، فمن جيش يطالب النجدة إلى قائد يعان هزيمة عدوه ؛ فكان لهذا الحمام أثره وفعله ، وهو سلاح من أسلحة الجيوش كالبرق وسلاح الإشارة ، فالوجه الأول يجوز لأنها تؤدي أخبار المجاهدين بسرعة .
والوجه الثاني : لا يجوز لأنها لا تؤثر في جماد العدو . وأما السبق بنطاح الكباش ونقار الديكة ، فهو أسفه أنواع السبق وهو باطل لا يختلف أحد من أهل العلم في عدم جوازه . والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وتجاوز المسابقة بعوض على الرمي بالنشاب والنبيل ، وكل ما له نصل يرمى به كالحراب والرانات لحديث أبي هريرة ، ولأنه يحتاج إلى تعلمه في الحرب فيجاز أخذ العوض عليه ، ويجوز على رمي الأحجار عن المقلاع ، لأنه سلاح يرمى به فهو كالنشاب . وأما الرمح والسيف والعمود ففيه وجهان : أحدهما تجوز المسابقة عليهما بعوض لأنه سلاح يقاتل به فأشبهه النشاب ، والثاني لا تجوز لأن القصد بالمسابقة التحريض على تعلم ما يعد للحرب ، والمسابقة بهذه الآلات محاربة لا مسابقة ، فلم تجز . لسبق على أن يرمى بعضهم بعضا بالسهم

(فصل) وأما كرة الصولجان ومداحة الأحجار ورفعها من الأرض ، والمشابكة والسباحة واللعب بالخاتم والوقوف على رجل واحدة وغير ذلك من اللعب الذي لا يستعان به على الحرب ، فلا تجوز المسابقة عليهما بعوض ، لأنه لا يعد للحرب ، فكان أخذ العوض فيه من أكل المال بالباطل .

(فصل) وإن كانت المسابقة على مركوبين فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال لا تجوز إلا على مركوبين من جنس واحد كالفرسين والبعيرين ، فإن سابق بين فرس وبعير أو فرس وبغل لم يجز لأن تفاضل الجنسين معلوم ، وأنه لا يجري البغل في شوط الفرس كما قال الشاعر :

إن المذرع لا تغنى خؤولته كالبغل يعجز عن شوط المحاضير
ويجوز أن يسابق بين العتيق والهجين ، لأن العتيق في أول شوطه أحد وفي آخره ألين ، والهجين في أول شوطه ألين وفي آخره أحد . فربما صارا عند الغاية متكافئين . ومنهم من قال : وهو قول أبي إسحاق أنه يعتبر التكافؤ بالتقارب في السبق ، فإن تقارب جنسان كالبغل والحمار جاز ، لأنه يجوز أن يكون كل واحد منهما سابقا والآخر مسبوقا ، وإن تباعد نوعان من جنس كالهجين والعتيق والبغى والنجيب لم يجز ، لأنه يعلم أن أحدهما لا يجري في شوط الآخر . قال الشاعر :

إن البراذين إذا أجريتهما مع العتاق ساعة أعنيتهما : فلا معنى للعقد عليه

(فصل) ولا تجوز إلا على مركوبين معينين لأن القصد معرفة جوهرهما ، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين .

(الشرح) السلاح نوعان نوع يفارق اليد ونوع لا يفارق اليد ، فكل سلاح يفارق يد صاحبه كالسهم والحراب ومقاليع الاحجار وقسي البندق ورصاصه فهو جائز بالاتفاق ، أما ما لا يفارق يد صاحبه من السيوف والرماح والاعمدة فقد اختلف أصحابنا فيها على وجهين .

أحدهما : يجوز كالمفارق ليده ، لان جهاد العدو بها .
والوجه الثاني : لا يجوز ، لانه يكون بذلك محارباً لا مسابقاً ، فأما السبق بالمداحي وأكزة الصولجان وما ذكره المصنف من أنواع اللعب فعلى الوجه الذى ذكره المصنف لا وجه غيره ، وفرق الماوردى بين السبق بالمداحي وهى إحداث حفرة يلقون بأحجار مستديرة فيها فن وقع حجره فيها فقد قر وبين الدحو بالحجر الثقيل أو رفعه من الأرض لاختبار القوة والارتياض بها - وهو فى رياضة حمل الاثقال فيكون السبق عليه كالسبق على الصراع فيكون على وجهين .

(فرع) عرفت فيما أسلفنا فى الفصل قبله أن لصحة السبق على الاعراض المبدولة خمسة شروط .

أحدها : التكافؤ فيها يسبقان عليه وفيها يتكافآن به وجهان ، أحدهما : وهو الظاهر من المذهب وما عليه جمهور الأصحاب أن التكافؤ بالتجانس ، فيسابق بين فرسين أو بغلين أو حمارين أو بعيرين ليعلم بعد التجانس أيهما السابق ، ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل ، ولا بين حمار وبعير ، لأن تفاضل الأجناس معلوم ، وأنه لا يجرى البغل فى شوط الفرس كما قال الشاعر فى البيت الذى ساقه المصنف والمذرع وهو الذى أمه أشرف من أبيه كما يقول الفرزدق :

إذا باهلى عنده حظاياه له ولد منها فذاك المذرع

وانما سمي البغل مذرعا بالاملائين المستديرين السوداوين فى ذراعيه الاماميتين ورثهما من الحمار ؛ والمحاضير السريعة العدو واحدها محضار ، والعتيق عربى الابوين ، والمهجين عربى الالب اعجمى الام ، والبختى ابل بطيئة العدو ، والنجيب الحسن الخاق السريع وانجبهته استخلصته ، ولكن يجوز السبق بين عتاق الخيل

وهما لآن جميعها جنس ، والعتيق في أول الشوط أحد من الهجين ، والهجين في أول الشوط ألين وفي آخره أحد فربما صار عند الغاية متكافئين ، وهذا وجه (والثاني) وهو قول أبي إسحاق المروزي : أن التكافؤ في الاستباق غير معتبر بالنجانس ، وإنما هو معتبر بأن يكون كل واحد من المستبقيين يجوز أن يكون سابقاً ويجوز أن يكون مسبوقاً ، فإن جاوز ذلك بين فرس وبغل أو بين بعير وحمار جاز السبق بينهما ، وإن علم يقيناً أن أحدهما يسبق الآخر عند الاختبار لم يجوز السبق بينهما ، ولو علم ذلك بين فرسين عتيق وهجين ، أو بين بعيرين عربي وبختي لم يجوز السبق بينهما ، وكذلك لو اتفق الفرسان في الجنس ، واختلفا في القوة والضعف فيمنع من الاستباق بينهما وهما من جنس واحد ، ويجوز بينهما وهما من جنسين مختلفين اعتباراً بالجواهر دون النجانس .

والشرط الثاني من الشروط الخمسة : الاستباق عليهما مركوبة لتنتهي إلى غايتها بتدبير راعيها ، فإن شرط إرسالها لتجرى مسابقة بأنفسهما لم يجوز ، وبطل العقد عليهما لأنها تتنافر بالإرسال ، ولا تقف على غاية السبق ، وإنما يصح ذلك في الاستباق بالطيور — إذا قيل بجواز الاستباق عليهما لما فيه من الهداية إلى قصد الغاية وأنها لا تتنافر في طيرانها ؛ وبقيّة الشروط مضى ذكرها إجمالاً ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تجوز إلا على مسافة معلومة الابتداء والانتهاء لحديث ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل المضمرة من الحفيا إلى ثنية الوداع وبالم يضر منها من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق ، ولا نهما إذا تسابعا على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر إلى غير غاية لم يؤمن أن لا يسبق أحدهما الآخر إلى أن يعطيا ، ولا يجوز أن يكون أجراؤه إلا بتدبير الراكب لانهما إذا جريا لأنفسهما تنافرا ولم يقفا على الغاية ، وإن تسابعا على أن من سبق صاحبه بخمسة أقدام فأكثر كان السبق له ، فقد قال أبو علي الطبري في الإفصاح : يجوز ذلك عندي لأنهما يتحاطان ما تساويا فيه ، وينفرد

أحدهما بالقدر الذي شرطه ، فجاز كما يجوز في الرمي أن يتناحلا على أن يتحاطا
ما تساويا فيه ، ويفضل لأحدهما عدد . قال أبو علي الطبري : ورأيت من أصحابنا
من منع ذلك وأبطله ولا أعرف له وجهاً .

(فصل) وإن كان المخرج للسبق هو السلطان أو رجل من الرعية لم يخل
إما أن يجعله للسابق منهم أو لبعضهم أو لجميعهم ، فإن جعله للسابق بأن قال : من
سبق منكم فله عشرة جاز ؛ لأنه يجتهد كل واحد منهم أن يكون هو السابق لياخذ
السبق فيحصل المقصود ؛ فإن سبق واحد منهم استحق العشرة لأنه سبق ، وإن
سبق إثنان أو ثلاثة وجاءوا مكاناً واحداً اشتركوا في العشرة لأنهم اشتركوا في
السبق ، فإن جاءوا كلهم مكاناً واحداً لم يستحق واحد منهم لأنه لم يسبق منهم
أحد ، وإن جعله لبعضهم بأن جعله للمجلى والمصلى ولم يجعل للباقي جاز ، لأن
كل واحد منهم يجتهد أن يكون هو المجلى أو المصلى لياخذ السبق فيحصل المقصود
وإن جعله لجميعهم نظرت ، فإن سوى بينهم بأن قال : من جاء منكم إلى الغابة ده
عشرة لم يصح ، لأن القصد من بذل العوض هو التحريض على المسابقة وتعلم
الفروسة ، فإذا سوى بين الجميع علم كل واحد منهم أنه يستحق السبق تقدم أو
تأخر فلا يجتهد في المسابقة فيبطل المقصود

وإن شرط للجميع وفاضل بينهم بأن قال للمجلى وهو الأول مائة ، والمصلى
وهو الثاني خمسون ، وللتالى وهو الثالث أربعون ؛ وللبارع وهو الرابع ثلاثون
وللمرتاح وهو الخامس عشرون ، وللحظى وهو السادس خمسة عشر ، وللعاطف
وهو السابع عشرة ، وللمرمل وهو الثامن ثمانية ، وللظيم وهو التاسع خمسة .
وللسكيت وهو العاشر درهم ، وللفسكل وهو الذى يجىء بعد الكل نصف درهم
ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأن كل واحد منهم يجتهد لياخذ الاكثر (والثانى)
لا يجوز لأن كل واحد منهم يعلم أنه لا يخلو من شيء تقدم أو تأخر ، فلا يجتهد
في المسابقة ، وإن جعل للأول عشرة وللثالث خمسة وللرابع أربعة ولم يجعل
للتانى شيئاً ففيه وجهان (أحدهما) يصح ويقوم الثالث مقام الثانى . والرابع مقام
الثالث ، لأن الثانى بخروجه من السبق يجعل كأن لم يكن (والثانى) أنه يبطل ،
لأنه فضل الثالث والرابع على من سبقهما .

(الشرح) حديث ابن عمر مضى تخريجه في أول هذه الفصول وشرحننا غريبه وطرقه . أما الأحكام فإنه يشترط في المسابقة بالحیوان تحديد المسافة وأن يكون لا ابتداء عدوها وآخره غاية لا يختلفان فيها ، لأن الغرض معرفة أسبقتهما ، ولا يعلم ذلك إلا بتساويهما في الغاية ، ولأن أحدهما قد يكون مقصراً في أول عدوه سريعاً في انتهائه . وقد يكون عكس ذلك فيحتاج الى غاية تجمع حاله أو أحواله . ومن الخيل ما هو أصبر والقارح أصبر من غيره .

وقد روى أبو داود في سننه عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سبق بين الخيل وفضل القُرح في الغاية ، وسبق بين الخيل المضمرة من الحفيا إلى ثنية الوداع ، وذلك ستة أميال أو سبعة ، وبين التي لم تضمر من الثنية إلى مسجد بني زريق ، وذلك ميل أو نحوه .

فإن استبقا بغير غاية لينظرا أيهما يقف أولاً لم يحز ، لأنه يؤدي إلى أن لا يقف أحدهما حتى ينقطع فرسه ويتعذر الإشهاد على السبق فيه .

ويشترط في المسابقة إرسال الفرسين أو البعيرين دفعة واحدة ، فإن أرسل أحدهما قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أو لا لم يحز هذا في المسابقة بدو لا لأنه قد لا يدركه مع كونه أسرع منه لبعدهما بينهما ، ويكون عند أول المسافة من يشاهد إرسالهما ويرتبهما ، وعند الغاية من يضبط السباق منهما لئلا يختلفا في ذلك .

وقول الشافعي : الإسباق جمع سبق - بفتح الباء - وهو العوض المخرج في المسابقة - وهو بإسكان الباء - مصدر سبق من المسابقة .

أما السبق الأول الذي يراه الشافعي ، وهو الذي يخرج به غير المتسابقين فيجوز ، سواء أخرجه الإمام من بيت المال أو أخرجه غير الإمام من ماله . وكلام مالك من عدم جوازه لغير الإمام قاسد من وجهين (أحدهما) أن ما فيه معونه على الجهاد جاز أن يفعله غير الأئمة كارتباط الخيل وإعداد الملاح .

(والثاني) أن ما جاز أن يخرج به الإمام من بيت مال المسلمين جاز أن يتطوع به كل واحد من المسلمين كبناء المساجد والقناطر .

فإنما صح جوازه جاز أن يختص به السابق و - ده دون غيره ، كقول الباذل

إذا كان المتسابقون عشرة فقد جعلت للسابق منكم عشرة وهذا جائز ، فأبهم جاء سابقاً لجماعتهم استحق العشرة كلها ولا شيء لمن بعده ، وإن كانوا متفاضلين ، في السبق ، فلو سبق اثنان من الجماعة فجاءا معاً وتأخر الباقيون اشترك الاثنان في العشرة لتساويهما في السبق فاستويا في الأخذ ، ولو سبق خمسة اشتركوا في الأخذ كذلك . ولو سبق تسعة وتأخر واحد اشتركوا في العشرة دون المتأخر منهم ، ولو جاءوا جميعاً غرضاً واحداً لم يتأخر عنهم واحد منهم فلا شيء لهم لأنه ليس فيهم سابق ولا مسبوق .

والقسم الثاني : أن يبذله لجماعة منهم ولا يبذله لجميعهم ، كان بذل الأول عوضاً والثاني عوضاً ولكل واحد منهم في اللغة اسم إذا تقدم على غيره خاص . فيقال للسابق الأول المجلي والثاني المصلي والثالث التالي والرابع البارخ والخامس المرتاح والسادس الحظي والسابع العاطف والثامن المؤمل والتاسع اللطيم والعاشر السكيت ، وليس لما بعد العاشر اسم ، إلا الذي يجيء آخر الخيل كلها ، ويقال له الفسكل .

قال الجاحظ : كانت العرب تعد السوابق ثمانية ولا تجعل لما جاوزها حظاً ، فأولها السابق ثم المصلي ثم المقفي ثم التالي ثم العاطف ثم المذمر ثم البارخ ثم اللطيم . قال الثعالبي : وكانت العرب تلمظم الآخر إن كان له حظ . وقال أبو عكرمة : أخبرنا ابن قادم عن الفراء أنه ذكر في السوابق عشرة أسماء لم يحكمها أحد غيره وهي : السابق ثم المصلي ثم المسلمي ثم التالي ثم المرتاح ثم العاطف ثم الحظي ثم المؤمل ثم اللطيم ثم السكيت . وقد جاء في الحاوي الكبير للباوردي هذه الأسماء التي ذكرها المصنف مع جعل المؤمل بدل المرمل ، وهو ما يوافق رواية الفراء هنا ، فإذا بذل لبعض دون بعض فعلى ضربين :

(أحدهما) أن يفاضل بين السابق والمسبق فيجعل الأول الذي هو المجلي — وقد اشتق اسمه من الجلاء — قال ابن بطال : قال المطرزي : يحتمل أن يكون من جلاء المموم — عشرة ، ويجعل للثاني الذي هو المصلي — لأن جفاته على صلي السابق وهي منخره ؛ والصلوان عظامان عن يمين الذنب وشماله — تسعة ،

والثالث الذي هو التالي - أي التابع - خمسة والرابع الذي هو البارع - أي الفائق كما يقال لمن فاق أصحابه في العلم: بارع - أربعة ، والخامس الذي هو المراتح - من راح يراح راحة إذا خلا أو إذا نشط وجف - ثلاثة ، فإن هذا جائز لأنه قد منع المسبوقين وفاضل بين السابقين فحصل التحريض في طاب التفاضل وخشية المنع ويتفرع على هذا أن يجعل للسابق عشرة ، والمصلي خمسة ولا يجعل لمن بعدهم شيئاً فيكون السابق أو المجلي خمسة والمصلي واحداً الخمسة السابقين بالعشرة لكل واحد درهمان وينفرد المصلي بالخمسة وإن صار بها أفضل من السابقين لأنه أخذ الزيادة لتفرده بدرجته ، ولم يأخذها لتفضيل أصل درجته ، وقد كان يجوز أن يشاركه غيره في درجته فيقل سهمه عن سهم من بعده .

ثم على هذا القياس إذا جعل للثاني شيئاً ثالثاً فحصل في كل درجة انفراد أو اشتراك وجب أن يختص المنفرد بسبق درجته ، ويشارك المشترك بسبق درجته .

والضرب الثاني : أن يستوى فيهم بين سابق ومسبوق ، كأنه جعل للسابق عشرة والمصلي عشرة وفاضل بين بقية الخمسة . وهذا جائز لأن مقتضى التحريض أن يفاضل بين السابق والمسبوق ، فإذا تساوا فيه بطل مقصوده فلم يجوز ، وكان السبق في حق المصلي الذي سوى بينه وبين سابقه باطلاً ، ولم يبطل في حق الأول بطلانه في حق من عداه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في الذي يبطل السبق في حقه هل يستحق على البازل أجره مثله أم لا ؟ على وجهين

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا أجر له على البازل ، لأن منعه عائد عليه لا على البازل . فعلى هذا يكون السبق في حق من بعده باطلاً لأنه يجوز أن يفضلوا به على من سبقهم .

والوجه الثاني وهو قول أبي علي الطبري أن له على البازل أجره مثله لأن من استحق المسمى في العقد الصحيح استحق أجره المثل في العقد الفاسد اعتباراً بكل واحد من عقدي الاجارة والجمالة .

فعلى هذا يكون السبق فى حق من بعده صحيحا ، وليكل واحد منهم ما سمي له ، وإن كان أكثر من أجرة من بطل السبق فى حقه ، لأنه لا يجوز أن يفضلوا عليه إذا كان مستحقا بالعقد . وهذا مستحق بغيره .

ويتفرع على هذا إذا جعل للأول عشرة ولم يجعل للثانى شيئا ، وجعل للثالث خمسة وللرابع ثلاثة ولم يجعل بعدهم شيئا ، فالثانى خارج من السبق لخروجه من البذل . وفى قيام من بعده مقامه وجهان :

(أحدهما) يقوم الثالث مقام الثانى ، ويقوم الرابع مقام الثالث لأنه يصير وجوده بالخروج من السبق كعدمه ، فعلى هذا يصح السبق فيها بالمسمى لهما بعد الأول .

والوجه الثانى : أنهم يترقبون على التسمية ولا يكون خروج الثانى منهم بالحكم مخرجا له من البذل . فعلى هذا يكون السبق فيهما باطلا لتفضيلهما على السابق لهما ، وهل يكون لهما أجرة مثلهما أم لا ؟ على ما ذكرنا من الوجهين :
والقسم الثالث : أن يبذل العوض لجماعتهم ولا يخلى آخرهم من عوض فينظر فإن سوى فيهم بين سابق ومسبوق كان السبق باطلا . وكان الحكم فيه على ما قدمنا وإن لم يساو بين السابق والمسبوق ، وفضل كل سابق على كل مسبوق حتى يجعل متأخرهم أقلهم سهما فى السبق وجهان :

(أحدهما) أنه جائز اعتبارا بالتفاضل فى السبق ، فعلى هذا يأخذ كل واحد منهم ما سمي له .

والوجه الثانى : أن السبق باطل لأنهم قد تكافأوا فى الأخذ وإن تفاضلوا فيه ، فعلى هذا هل يكون باطلا فى حق الآخر وحده ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أنه باطل فى حقه وحده لأن بالتسمية له فسد السبق

والوجه الثانى : أن يكون باطلا فى حقوق جماعتهم ؛ لأن أول العقد مرتبط بآخره ، وهل يستحق كل واحد منهم أجرة مثله أم لا ؟ على الوجهين المذكورين فهذا حكم السبق الأول .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فان كان المخرج للسبق هما المتسابقان نظرت ، فان كان معهما محال وهو ثالث على فرس كعب لفرسيهما صح العقد ؛ وان لم يكن معهما محال فالعقد باطل لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار ، ولأن مع المحلل لا يكون قماراً ، لأن فيهم من يأخذ إذا سبق ولا يعطى إذا سبق وهو المحلل ، ومع عدم المحلل ليس فيهم إلا من يأخذ إذا سبق ، ويعطى إذا سبق ، وذلك قمار . وان كان المحلل اثنين أو أكثر جاز ، لأن ذلك أبعد من القمار ، وان كانت المسابقة بين حزبين كان حكمهما في المحلل حكم الرجلين ، لأن القصد من دخول المحلل الخروج من القمار ، وذلك يحصل بالمحلل الواحد مع قلة العدد وكثرته .

واختلاف أصحابنا في دخول المحلل فذهب أكثرهم إلى أن دخول المحلل لتحليل السبق لكل من سبق منهم ، وذهب أبو علي بن خيران إلى أن دخوله لتحليل السبق لنفسه وأن يأخذ إذا سبق ، ولا يأخذ إذا سبقا ، لأننا لو قلنا : انهما اذا سبقا أخذوا حصل فيهم من يأخذ مرة ويعطى مرة ، وهذا قمار ، والمذهب الاول لأننا بينا أن بدخول المحلل خرجا من القمار ؛ لأن في القمار ليس فيهم الا من يعطى مرة ويأخذ مرة ، وبدخول المحلل قد حصل فيهم من يأخذ ولا يعطى فلم يكن قماراً ؛ فإن تسابقوا نظرت ، فان انتهوا إلى الغاية معاً أحرز كل واحد منهما سبقه لأنه لم يسبقه أحد ، ولم يكن للمحلل شيء لأنه لم يسبق واحداً منهما ، وان سبق المخرجان أحرز كل واحد منهما سبقه لانهما تساويا في السبق ولا شيء للمحلل لأنه مسبوش ، وان سبقهما المحلل أخذ سبقهما لأنه سبقهما ؛ وان سبق أحد المخرجين وتأخر المحلل والمخرج الآخر أحرز السابق سبق نفسه .

وفي سبق المسبوق وجهان المذهب أنه للسابق المخرج لأنه انفرد بالسبق ، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبق المسبوق لنفسه لأنه لا يستحقه السابق المخرج

على قوله ولا يستحقه المحلل لانه لم يسبق ، وان سبق المحلل وأحد المخرجين أحرز السابق سبق نفسه ، وفي سبق المسبوق وجهان المذهب أنه بين المخرج السابق والمحلل ، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبقه للمحلل ، وان سبق أحد المخرجين ثم جاء المحلل ثم جاء المخرج الآخر ففيه وجهان المذهب ان سبق المسبوق للمخرج السابق بسبقه ، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمحلل دون السابق ، وان سبق أحد المخرجين ثم جاء المخرج الثاني ، ثم جاء المحلل ففيه وجهان المذهب أن سبق المسبوق للسابق ، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمسبوق لأن المخرج السابق لا يستحقه والمحلل لم يسبق فبقى على ملك صاحبه .

(فصل) وإن كان المخرج للسبق أحدهما جاز من غير محلل لان فيهم من يأخذ ولا يعطى وهو الذى لم يخرج فصار كما لو كان السبق منهما وبينهما محلل ، فان تسابقا فسبق المخرج أحرز السبق ، وان سبق الآخر أخذ سبقه وان جاء معا أحرز المخرج السبق لانه لم يسبقه الآخر .

(الشرح) حديث أبي هريرة رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه ، وأخرجه أيضا الحاكم وصححه والبيهقي ورواه ابن حبان بإسناده وصححه .

وقال الطبراني فى الصغير : تفرد به سعيد بن بسير عن قتادة عن سعيد بن المسيب وتفرد به عنه الوليد وتفرد به عنه هشام بن خالد ، ورواه أيضاً أبو داود عن محمود بن خالد عن الوليد لكنه أبدل قتادة بالزهرى ، ورواه أبو داود وغيره عن تقدم من طريق سفیان بن حسين عن الزهرى وسفيان ضعيف فى الزهرى ، وقد رواه معمر وشعيب وعقيل عن الزهرى عن رجال من أهل العلم ، كذا قال أبو داود وقال : هذا أصح عندنا .

وقال أبو حاتم : أحسن أحواله أن يكون موقفا على سعيد بن المسيب ، فقد رواه يحيى بن سعيد عنه وهو كذلك فى الموطأ عن سعيد من قوله ، وقال ابن أبي خيثمة : سألت ابن معين فقال : هذا باطل ، وضرب على أبي هريرة . وحكى أبو نعيم فى الحلية أنه من حديث الوليد عن سعيد بن عبد العزيز .

قال الدارقطني : والصواب سعيد بن بشير كما عند الطبراني والحاكم . وحكى الدارقطني في العمل أن عبيد بن شريك رواه عن هشام بن عمار عن الوليد عن سعيد عن الزهري .

قال الحافظ : وقد رواه عبدان عن هشام ، أخرجه ابن عدى مثل ما قال عبيد وقال : إنه غلط قال : فتبين بهذا أن الغلط فيه من هشام ، وذلك أنه تغير حفظه أما الأحكام : فقد قال الشافعي رضي الله عنه والسبق الثاني من الأساق أن يجمع شيئين وذلك مثل الرجلين يريدان أن يستبقا بفرسيهما ولا يريد كل منهما أن يسبق صاحبه ويخرجان سبقتين ، ولا يجوز إلا بمحمل ، وهو أن يجعل بينهما فرس ولا يجوز حتى يكون كفواً لفرسيهما لا يأمنان أن يسبقهما .

قلت : هذا هو السبق الثاني وهو أن يستبق الرجلان ويخرج كل واحد منهما سبقاً من ماله يأخذه السابق منهما ، وهذا لا يصح حتى يوكلا بينهما محملاً لا يخرج شيئاً ، ويأخذان سبق ولا يعطى أن سبق لنص ومعنى .

أما النص فهو حديث أبي هريرة الذي مضى تخريجه . وأما المعنى فهو أن اباحة السبق معتبرة بما خرج عن معنى القمار هو الذي لا يخلو الداخل فيه من أن يكون غانماً أن أخذ أو غارماً أن أعطى فإذا لم يدخل بينهما محمل كانت هذه بحالها فكان قاراً ، وإذا دخل بينهما محمل غير مخرج يأخذان سبق ولا يعطى أن سبق خرج عن معنى القمار فخل ، وهذا الداخل يسمى محملاً ، لأن العقد صبح به فصار محملاً ويسميه أهل السبق ميسراً ، ويصح العقد به بأربعة شروط .

أحدها : أن يكون فرسه كفواً لفرسيهما أو أكفاً منهما لا يأمنان أن يسبقهما فإن كان فرسه أدون من فرسيهما وهما يأمنان أن يسبقهما انصر الحديث ، ولأن دخوله مع العلم بأنه لا يسبق غير مؤثر من أخذ السبق .

والشرط الثاني : أن يكون المحمل غير مخرج شيء . وإن قل ، فإن أخرج شيئاً خرج من حكم المحمل وصار في حكم المستبق .

والشرط الثالث : أن يأخذان سبق ، فإن شرط أن لا يأخذ لم يصح .

والشرط الرابع : أن يكون فرسه معيناً عند العقد لدخوله فيه كما يلزم تعيين

فرسى المستبقيين ، وإن كان غير معين بطل ، فإذا صح العقد بالمحمل على استكمال شروطه فذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابه أن المحمل دخل ليحل العقد ، ويحل العقد الآخر فيأخذ إن سبق ويؤخذ به إن سبق .

وقال أبو علي بن خيران : إن المحمل دخل للمحمل للعقد ويأخذ ولا يؤخذ به وهذا خطأ لأن التحريض المقصود باستفراجه الخيل ومعاطاة الفروسية غير موجود إذا لم يؤخذ بالسبق شيء فيصير مانعاً من السبق ، وإذا أخذ به صار باعثاً عليه وحافزاً له ، وهذا يتضح في التفريعات الآتية ، والله أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويطلق الفرسان من مكان واحد في وقت واحد لما روى الحسن أو خلاص عن علي كرم الله وجهه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي : يا علي قد جعلت اليك هذه السبقة بين الناس ، تخرج علي كرم الله وجهه فدعا بسراقة ابن مالك فقال : يا سراقة إني قد جعلت اليك ما جعل النبي صلى الله عليه وسلم في عنقي من هذه السبقة في عنقك ، فإذا أتيت الميطان فصف الخيل ثم ناد ثلاثاً هل مصلح للجام أو حامل لغلाम أو طارح لجل ، فإذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثاً ثم خلمها عند الثالثة يسعد الله بسبقه من يشاء من خلقه ، فإن كان بينهما محمل وتنازعا في مكانه جعل بينهما ، لأنه أعدل وأقطع للتنافر

وإن اختلف المتسابقان في اليمن واليسار أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ولا يجلب وراه ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا ، قال مالك : الجلب أن يجلب وراه الفرس حين يدنو أو يحرك وراه الشئ . ليستحث به السبق .

(فصل) وأما ما يسبق به فينظر فيه فان شرط في السبق أقدام معلومة لم يستحق السبق بما دونها لأنه شرط صحيح فتعلق الاستحقاق به وإن أطلق نظرت فان تساوى المركوبان في طول العنق اعتبر السبق بالعنق أو بالكند ، فان سبق أحدهما بالعنق أو ببعضه أو بالكند أو ببعضه فقد سبق ، وإن اختلفا في العنق

اعتبر السبق بالسكند لأنه لا يختلف ، وإن سبق أطولهما عنقا بقدر زيادة الحلقة لم يحكم له بالسبق لأنه يسبق بزيادة الحلقة لا بجودة الجرى .

(فصل) وإن عثر أحد الفرسين أو ساخت قوائمه في الأرض أو وقف لعله أصابته فسبقه الآخر لم يحكم للسابق بالسبق لأنه لم يسبق بجودة الجرى ولا تأخر المسبوق لسوء جريه .

(فصل) وإن مات المركوب قبل الفراغ بطل العقد ، لأن العقد تعلق بعينه وقد فات بالموت فبطل كالمبيع إذا هلك قبل القبض . وإن مات الراكب ، فإن قلنا : أنه كالجعالة بطل العقد بموته ، وإن قلنا : إنه كالإجارة لم يبطل وقام الوارث فيه مقامه .

(فصل) وإن كان العقد على الرمي لم يحز بأقل من نفسيين ، لأن المقصود معرفة الخدق ، ولا يبين ذلك بأقل من اثنين ، فإن قال رجل لآخر : ارم عشرأ وناضل فيها خطأك بصوابك ، فإن كان صوابك أكثر فلك دينار لم يحز ، لأنه بذل العوض على أن يناضل نفسه . وقد بينا أن ذلك لا يجوز .

وإن قال ارم عشرة فإن كان صوابك أكثر فلك دينار ، ففيه وجهان : (أحدهما) يجوز لأنه بذل له العوض على عمل معلوم لا يناضل فيه نفسه فجاز (والثاني) لا يجوز لأنه جعل العوض في مقابلة الخطأ والصواب ، والخطأ لا يستحق به بدل .

(الشرح) حديث على رواه الدارقطني وأخرجه البيهقي بإسناد الدارقطني وقال : هذا إسناد ضعيف ولفظه كاملاً هكذا . يا على قد جعلت اليك هذه السبقة بين الناس ، فخرج على فدعا مراقبة بن مالك فقال : يا مراقبة إنى قد جعلت اليك ما جعل النبي صلى الله عليه وسلم في عنق من هذه السبقة في عنقك ، فإذا أتيت الميطان — قال أبو عبد الرحمن : والميطان مرسلها من الغاية — فصف الخيل ثم ناد : هل من مصلح للجام أو حامل لفلان أو طارح لجل ، فإذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثاً ثم خلعها عند الثالثة يسعد الله بسبقه من شاء من خلقه .

وكان على يقعد عند منتهى الغاية ويخط خطا ويقيم رجلين متقابلين عند طرف الخط طرفه بين إيهامى أرجلها وتغر الخيل بين الرجلين ويقول إذا خرج أحد الفرسين على صاحبه بطرف أذنيه أو أذن أو عذار فاجعلوا السبقة له ، فإن شككنا فاجدلا سبقهما نصفين ، فإذا قرتم ثنتين فاجعلوا الغاية من غاية أصغر الثنتين ولا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام .

أما غريبه فقوله (هذه السبقة) فهي بضم السين وإسكان الباء هو الشيء الذى يجعله المتسابقان بينهما يأخذه من سبق منهما . قال فى القساموس : السبقة بالضم الخطر يوضع بين أهل السباق والجمع أسباق . قوله (فإذا أثبت الميطان) بكسر الميم . قال فى القساموس : والميطان بالسكسر الغاية . قوله (فصف الخيل) هى خيل الحلبة . قال فى القساموس : الحلبة بالفتح هى الدفعة من الخيل فى الرهان ، وخيل تجتمع للسباق من كل أوب . قوله (ثم ناد الخ) فيه استحباب التانى قبل ارسال خيل الحلبة ، وتنبيههم على إصلاح ما يحتاج إلى إصلاحه ، وجعل علامه على الإرسال من تكبير أو غيره ، وتأمير أمير يفعل ذلك .

وأما حديث ابن عباس فقد أخرجه أبو يعلى بإسناد صحيح بلفظ : ليس منا من أجلب على الخيل يوم الرهان ، وأخرجه الطبرانى بلفظ : لا جلب فى الإسلام ، وفى إسناده أبو شيبة ضعيف ، والمراد بالجلب فى الرهان أن يأتى برجل يجلب على فرسه أى يصيح عليه يستحثه بالإزعاج حتى يسبق ، والجنب أن يجنب فرسا إلى فرسه حتى إذا فتر المركوب تحول إلى المجنوب . وقال ابن الأثير : له تفسيران ثم ذكر معنى فى الرهان ومعنى فى الزكاة ، وقد مضى معناه فى الزكاة من كتاب الزكاة أما الأحكام : فإن السبق يحصل فى الخيل بالرأس إذا تماثلت الأعناق ، فإن اختلفا فى طول العنق أو كان ذلك فى الإبل اعتبر السبق بالسكتف لأن الاعتبار بالرأس ممتذر ، فإن طو بل العنق قد يسبق رأسه لطول عنقه لا لسرعة عدوه ، وقد مضى لنا تفصيل ذلك ، وهو مذهب الشافعى وأحمد .

وقال الثورى : إذا سبق أحدهما بالأذن كان سابقاً ولا يصح لأن أحدهما قد يرفع رأسه ويمد الآخر عنقه فيكون سابقاً بأذنه لذلك لا لسبقه ، وإن شرطاً

السبق بأقدام معلومة كثلاثة أو أكثر أو أقل لم يصح على أحد القولين عند أصحابنا
والثاني : يصح ويتخاطان ذلك كما في الرمي .

قال الماوردي في الحاوي الكبير : وإذا استقرت بينهما مع المحلل في الجري
فيختار أن يكون في الموضع الذي ينتهي إليه السبق ، وهو غاية المدي قصب قد
غرزت في الأرض بسميها العرب قصب السبق ليحرزها السابق منهم فيتلقفها حتى
يعلم بسبقه الداني والقاصي فيسقط الاختلاف ، وربما كررها راجعا يستقبل بها
المسبوقين إذا كان مفضلا في السبق مباهيا في الفروسية .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : والسبق أن يسبق أحدهما صاحبه وأقل
السبق أن يسبق أحدهما صاحبه بالهادي أو بعضه أو السكند أو بعضه اهـ . فالسبق
ضربان : أحدهما : أن يكون معتبرا بأقدام مشروطة كاشتراطهما السبق بعشرة
أقدام ولا يتم السبق إلا بها ولو سبق أحدهما بتسعة أقدام لم يكن سابقا في استحقاق
البدل ، وإن كان سابقا في العمل . والضرب الثاني : أن يكون مطلقا بغير شرط
فيكون سابقا بكل قليل وكثير .

قال الشافعي رضي الله عنه : أقل السبق أن يسبق بالهادي أو بعضه أو السكند
أو بعضه ، فأما الهادي فهو العنق ، وأما السكند ويقال بفتح التاء وكسرهما والفتح
أشهر ، وفيه تأويلان . أحدهما : أنه السكنف . والثاني : أنه ما بين أصل العنق
والظهر ، وهو مجتمع السكتفين في موضع السنام من الإبل ، فجعل الشافعي رضي
الله عنه أقل السبق السبق بالهادي والسكند . وقال الأوزاعي : أقل السبق بالرأس
وقال المزني : أقل السبق بالأذن استدلالا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم .
أنه قال : بعثت والساعة كفرسي رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بأذنه ،

قال الماوردي ردأ على المزني : المقصود بهذا الخبر ضرب المثل على وجه
المبالغة وليس بحد لسبق الرهان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من بني لله
بيتا ولو كمفحص قطاة بني الله له بيتا في الجنة ، وإن كان بيت لا يبني كمفحص
القطاة وإنما لم يعتبر بالأذن كما قال المزني ، ولا بالرأس كما قال الأوزاعي ، لأن
من الخيل ما يزجي أذنه ورأسه فيطول ، ومنها ما يرفعه فنقصه ، فلم يدل واحد
منهما على التقديم اهـ .

وإذا سقط اعتبارهما ثبت اعتبار الهادي والسكند ، ولو اعتبر السبق بأيديهما فأيهما تقدمت يده وهو السابق كان عندي أصح ، لأن السعي بهما والجري عليهما لكن الشافعي اعتبر بالهادي والسكند .

فأما السبق بالسكند فمتحقق سواء اتفق الفرسان في الطول والقصر أو تفاضلا وأما السبق بالهادي وهو العنق فلا يخلو حال الفرسين أن يتساويا فيه أو يتفاضلا في طوله أو قصره ، فإن سبق بالعنق أقصرهما عنقا كان سابقا ، وإن سبق بالعنق أطولهما عنقا لم يكن سابقا إلا أن يتصاف السابق بكتده ، لأن سبقه بعنقه إنما كان لطوله لا لزيادة جريه .

فإن قيل : فإن كان السبق بالسكند صحيحا مع اختلاف الخلقة فلم اعتبر بالعنق التي يختلف حكمها باختلاف الخلقة ؟

قيل : لأن السبق بالسكند يتحققه القريب دون البعيد ، والسبق بالعنق يتحققه القريب والبعيد ، وبما دعت الضرورة إليه ليشاهده شهود السبق فشهدوا به للسابق شهودا يستوقفون عند الغاية ليشهدوا للسابق على المسبوق ، فلو سبق أحدهما عند الغاية بهاديه أو كتده ثم جريا بعد الغاية فتقدم المسبوق بعدها على السابق بهاديه أو كتده كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق بعدها ، لأن ما يجاوز الغاية غير داخل في العقد فلم يعتبر

وهكذا لو سبق أحدهما قبل الغاية ثم سبقه الآخر عند الغاية كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق قبلها لاستقرار العقد على السابق اليها .

(فرع) إذا عثر أحد الفرسين أو ساخت قوائمه في الأرض فسبق الآخر لم يحتسب له بالسبق ، لأن العثرة آخرته . ولو كان العاثر هو السابق احتسب سبقه ، لأنه إذا سبق مع العثرة كان بعدها أسبق ، ولو وقف أحد الفرسين بعد الجري حتى وصل الآخر إلى غايته كان مسبوqa إن وقف لغير مرض ، ولا يكون مسبوqa إن وقف لمرض . فأما إن وقف قبل الجري لم يكن مسبوqa ، سواء وقف لمرض أو غير مرض لأنه بعد الجري مشارك .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : والنضال فيما بين الاثنين يسبق أحدهما

الآخر . والثالث بينهما المحلل فهو في الخيل لا يختلفان في الأصل فيجوز في كل واحد منهما ما جاز في الآخر ، ويرد فيها ما يرد في الآخر ثم يتفرعان ، فإذا اختلفت عللها اختلفا . اهـ

أما السبق فاسم يشتمل على المسابقة بالخيل حقيقة وعلى المسابقة بالرمي مجازا . وكل واحد منهما اسم خاص فتختص الخيل بالرهان ويختص الرمي بالنضال ، فأما قولهم : سبق فلان بتشديد الباء فمن أسماء الاضداد يسمى به من أخرج مال السبق ، ويسمى به من أحرز مال السبق . وقد مضى حكم السباق بالخيل .

فأما السباق بالنضال فهما في الإباحة سواء ، والخلاف فيها واحد ، وقد تقدم الدليل عليهما ، وقد ذكر الشافعي ها هنا كلاماً اشتمل على أربعة فصول : أحدها قوله : والنضال فيما بين الرماة كذلك في السبق والعمل ، يريد بهذا أمرين (أحدهما) جواز النضال بالرمي كجواز السباق بالخيل

(والثاني) اشتراكهما في التعليل لأرهاب العدو بهما لقوله تعالى : وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ، والفصل الثاني : قوله يجوز في كل واحد منهما ما يجوز في الآخر ، يريد بهذا أن الاسباق في النضال ثلاثة كما كانت الاسباق في الخيل ثلاثة (أحدها) أن يخرج الوالي مال السبق فيجوز كجوازه في الخيل

(والثاني) أن الخيل ثلاثة : أحدها أن يخرج الوالي مال السبق فيجوز كجوازه في الخيل . والثاني : أن يخرج المتناضلان فلا يجوز حتى يدخل بينهما محال يكون رميه كرميها أو أرمى منها ، كما لا يجوز في الخيل إلا محال يكون فرسه كفؤاً لفرسيهما أو أكفاً . والثالث : أن يخرج أحد المتناضلين فيجوز كما يجوز في الخيل إذا أخرجه أحد المتسابقين

والفصل الثالث : قوله ثم يتفرعان ، يريد به أمرين (أحدهما) أن الأصل في سباق الخيل الفرس والراكب تبع . والأصل في النضال الرامي والآلة تبع . لأن المقصود في سباق الخيل فراهة الفرس ، ولو أراد أن يبدله بغيره لم يحز ، ويجوز أن يبدل الراكب بغيره .

والمقصود في النضال حمق الرامي ، ولو أراد أن يستبدل بغيره لم يحز ،

ويجوز أن يبدل آلة بغيرها . والثاني : أن في النضال من تفريع المرمى بالمبادرة والمحاطة مالا يتفرع في سباق الخيل .

والفصل الرابع قوله : فإذا اختلفت علامتهما اختلفا ، يريد به أنه لما كان المقصود في سباق الخيل الفرس دون الراكب لزم تعيين الفرس ولم يلزم تعيين الراكب ، ومتى مات الفرس بطل السبق ، ولا يبطل بموت الراكب إن لم يكن هو العاقد . وفي بطلانه بموت العاقد قولان :

(أحدهما) لا يبطل بموته إذا قيل إنه كالأجارة (والثاني) يبطل بموته إذا قيل إنه كالجمالة . ولما كان المقصود في النضال الرامي دون الآلة لزم تعيين الرامي ولم يلزم تعيين الآلة ، وبطل النضال إذا مات الرامي ، ولم يبطل إذا انكسر القوس ، فقد اختلف حكمهما كما اختلفت علامتهما . والله أعلم بالصواب

إذا ثبت هذا فإن الرمي لا يجوز إلا بين اثنين فأكثر ، فإذا قال رجل لآخر ارم هذا السهم فإن أصبت به فلك درهم ، قال أحد أصحابه : صح ذلك جمالة ولم يصح نضالا لأنه بذل مالا له في فعل له فيه غرض صحيح ولم يكن هذا نضالا لأن النضال يكون بين نفسين فأكثر على أن يرموا جميعاً ويكون العمل لبعضهم إذا كان سابقاً .

وإن قال : إن أصبت فلك درهم وإن أخطأت فعليك درهم لم يصح لأنه قمار . وإن قال : ارم عشرة أسهم فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك درهم ففيه وجهان (أحدهما) أنه بذل له العوض على عمل معلوم لم يناضل فيه نفسه لجاز (والثاني) أنه لا يجوز ، لأنه جعل العوض في مقابلة الخطأ والصواب . وقال الماوردي : إذا قال أحدهما لصاحبه أو لغيره : ارم بسهمك هذا فإن أصبت به فلك درهم جاز واستحق الدرهم إن أصاب . ولجوازه علمتان

(إحداهما) أنه قد أجابه إلى ما سأل فالتزم له ما بذل ، وهذا قول ابن أبي هريرة (والثانية) أنه تحريض في طاعة فلزم البذل عليها كالمناضلة وقال أبو اسحاق المروزي : وهذا بذل مال على عمل وليس بنضال ، لأن النضال لا يكون إلا بين اثنين فأكثر .

وقال الشافعي رضي الله عنه ، ولو قال له : ارم عشرة أرشاق ، فإن كان صوابك أكثر فلك كذا لم يجوز أن يناضل نفسه . وقد اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة على وجهين .

(أحدهما) أن المزي حذف منها ما قد ذكره الشافعي في كتاب الام فقال فيه ، ولو قال له : ناضل نفسك وارم عشرة أرشاق ، فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك كذا لم يجوز أن يناضل نفسه ، فحذف المزي قوله : ناضل نفسك ، وأورد باقي كلامه وحكمه على هذه الصورة باطل باتفاق أصحابنا

واختلفوا في تعليقه فقال أبو اسحاق ، وهو الظاهر من تعاميل الشافعي : انه جعله مناضلا لنفسه ، والنضال لا يكون الا بين اثنين فأكثر فاستحال نضال نفسه فيبطل .

وقال آخرون : بل علة بطلانه أنه ناضل على خطئه لصوابه بقوله : ان كان صوابك أكثر من خطئك والخطأ لا يناضل عليه ولا به

والوجه الثاني : ان المسألة مصورة على ما أورده المزي ههنا ولم يذكر فيه نضال نفسه وقال له : ارم عشرة أرشاق ، فعلى هذا يكون في محتمه وجهان من اختلاف العليتين :

(أحدهما) انه صحيح ويستحق ما جعل له التعاميل الاول ، لأنه بذل مال على عمل لم يناضل فيه نفسه .

والوجه الثاني : أنه باطل للتعليل الثاني أنه مناضل على خطئه وصوابه ويتفرع على هاتين المسألتين الثالثة ، واختلف فيها أصحابنا بأيها تلحق ؟ على وجهين ، وهو أن يقول : ناضل وارم عشرة أرشاق ، فان كان صوابك أكثر فلك كذا فيوافق المسألة الاولى في قوله ناضل ، وتوافق المسألة الثانية في حذف قوله : ناضل نفسك ، وأحد الوجهين وهو قول أبي اسحاق المروزي أنها في حكم المسألة الاولى في البطلان لاجل قوله : ناضل ، والنضال لا يكون الا بين اثنين فصار كقوله : ناضل نفسك ، والوجه الثاني أنها في حكم المسألة الثانية في حمل محتمها على وجهين من اختلاف العليتين اذا سقط قوله : نفسك ، صار قوله ناضل ، يعني ارم على نضال ، والنضال المال ، فصار كالاتداء بقوله : ارم عشرة أرشاق . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز إخراج السبق إلا على ما ذكرناه في المسابقة من إخراج العوض منهما أو من غيرهما ، وفي دخول المحال بينهما ،

(فصل) ولا يصح حتى يتعين المتراميان ، لأن المقصود معرفة حذقهما ، ولا يعلم ذلك إلا بالتعيين ، فإن كان أحدهما كثير الإصابة والآخر كثير الخطأ ، ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأن نضل أحدهما معلوم فيكون الناضل منهما كالأخذ للمال من غير نضال وذلك من أكل المال بالباطل (والثاني) لا يجوز لأن أخذ المال منه يبعثه على معاطاة الرمي والحذق فيه ،

(فصل) ولا يصح إلا على آلتين متجانستين فإن عقد على جنسين بأن يرمى أحدهما بالنشاب والآخر بالحرب لم يجوز ، لأنه لا يعلم فضل أحدهما على الآخر في واحد من الجنسين ، وإن عقد على نوعين من جنس بأن يرمى أحدهما بالنبل والآخر بالنشاب أو يرمى أحدهما على قوس عربي والآخر على قوس فارسي جاز ، لأن النوعين من جنس واحد يتقاربان ، فيعرف به حذقهما ، فإن أطلق العقد في موضع العرف فيه نوع واحد حمل العقد عليه ، وإن لم يكن فيه عرف لم يصح حتى يبين ، لأن الأغراض تختلف باختلاف النوعين ، فوجب بيانه ، وإن عقد على نوع فأراد أن ينتقل إلى نوع آخر لم تلزم الإجابة إليه ، لأن الأغراض تختلف باختلاف الأنواع ، فإن من الناس من يرمى بأحد النوعين أجود من رمية بالنوع الآخر ، وإن عقد على قوس بعينها فأراد أن ينتقل إلى غيرها من نوعها جاز ، لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الأعيان ، فإن شرط على أنه لا يبدل فهو على الأوجه الثلاثة فيمن استاجر ظهراً ليركبه على أن لا يركبه مثله وقد بينها في كتاب الإجارة .

(فصل) ولا يجوز إلا على رشق معلوم وهو العدد الذي يرمى به لأنه إذا لم يعرف منتهى العدد لم يبين الفضل ؛ ولم يظهر السبق .

(فصل) ولا يجوز إلا على إصابة عدد معلوم ، لأنه لا يبين الفضل

إلا بذلك ؛ فإن شرط إصابة عشرة من عشرة أو تسعة من عشرة ففيه وجهان .
أحدهما : يصح لأنه قد يصيب ذلك فصيح العقد كالأو شرط إصابة ثمانية من عشرة
والثاني : لا يصح لأن إصابة ذلك تنذر وتتعذر فبطل المقصود بالعقد .

(الشرح) ذكرنا فيما مضى من أحكام المسابقة أنه لا يجوز اخراج السبق إلا
على ما تراضيا عليه ، وكما يقول الإمام الشافعي رضي الله عنه : ويخرج كل واحد
منهما ما تراضيا عليه ويتواضعا على يد رجل يثقان به أو يعينانه ، ولصحة العقد
بينهما مع دخول المحلل أربعة شروط .

(أحدهما) أن يكون العوض معلوما أما معيناً أو موصوفاً ، فإن كان مجهولاً لم
يصح ، لأن الأعراض في العقود لا تصح إلا معلومة .

(والشرط الثاني) أن يتساويا في جنسه ونوعه وقدره فإن تفاضلا أو اختلفا
لم يصح ، لأنهما لما تساويا في العقد وجب أن يتساويا في بذله .

(والشرط الثالث) تعيين الفرس في السباق . والرابع أن يكون مدى سبقهما
معلوماً إما بالابتداء والانتهاء كالأجرة المعينة ، وإما مذكروا بذراع مشهور
كالأجرة المضمونه .

فإذا صح العقد بينهما على الشروط المعتبرة وفي المحلل الداخل بينهما لم يخل
حالهما في مال السبق من ثلاثه - أحوال .

أحدهما : أن يتفقا على تركه في أيديهما ويثق كل واحد منهما بصاحبه فيحملان
على ذلك ولا يلزم اخراج مال السبق من أحدهما إلا بعد أن يصير مسبوقاً فيؤخذ
بإستحقاقه ، والحالة الثانية : أن يتفقا على أمين فيؤخذ مال السبق منهما ويوضع
على يده ويعزل مال كل واحد منهما على حدة ، فإن سبق أحدهما سلم إليه ماله
ومال المسبوق ، فإن سبق المحلل سلم إليه مال السبقين ولم يكن للأمين أجرة على
السابق ولا على المسبوق إلا عن شرط ، فإن كانت له أجرة في عرف المتسابقين
ففي حمله على عرفهم فيه مع عدم الشرط وجهان من اختلافهم فيمن استعمل خياطاً
فعمل بغير شرط هل يستحق أجرة مثله أم لا ؟ على وجهين .

(أحدهما) أن الأمين يستحق أجرة مثله إذا حكم للصانع بالأجرة ، ويكون

على المستبقين لا يختص بها السابق منهما لأنها أجرة على حفظ المالكين ، والثاني أنه لا أجرة له وإن جرى العرف إلا أن يحكم للصانع بالأجرة ، والحال الثالثة أن يختلفا على الأمين فيخرج الحاكم لهما أمينا يقطع تنازعهما .
إذا ثبت هذا فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يجوز السبق إلا معلوما ، كما يجوز في البيع .

قال الماوردي : وهذا صحيح ، يريد بالسبق المال المخرج في العقد فلا يصح معه العقد حتى يكون معلوما من وجهين إما بالتعيين كاستبقاهما على عين شاهد ، وإما بالصفة كاستبقاهما على مال في الذمة ، لأنه من عقود المعاوضات كبيع والإجارة ، فإن تسابقا على ما يتفقان عليه أو على ما يحكم به زيد كان باطلا للجهالة به عند العقد .

ولو تسابقا وتناضلا على مثل ما يسابق أو يناضل به زيد وعمرو ، فإن كان ذلك بعد علمهما بقدره صح ، وإن كان قبل علمهما بقدره بطل ، ولو كان لأحدهما في ذمة الآخر قفيز من حنطة فتناضلا عليه ، فإن كان القفيز مستحقا من سلم لم يصح ، لأن المعاوضة على السلم قبل قبضه لا تصح ، وإن كان عن غصبه صح ، لأن المعاوضة عليه قبل قبضه تصح .

وإن كان من قرض فعلي وجهين من الوجهين في صحة المعاوضة عليه قبل قبضه ولو تناضلا على دينار إلا دانقا صح ، ولو تناضلا على دينار إلا درهما لم يصح لأنه يكون بالاستثناء من جنسه معلوما وبالاستثناء من غير جنسه مجهولا ، ولو تناضلا على دينار معجل وقفيز حنطة مؤجل صح ، لأنه على عوضين : حال ومؤجل ؛ ولو تناضلا على أن يأخذ الناضل دينارا ويعطى درهما لم يجز ، لأن الناضل من شرطه أن يأخذ ولا يعطى .

ولو تناضلا على دينار بذله أحدهما ، فإن اضل دفعه وإن شرط لم يرم أبداً أو شهراً كان العقد فاسداً لأنه قد شرط فيه الامتناع وهو مندوب إليه فيبطل ، وإذا تناضلا وقد فسد العقد بما ذكرنا فنفضل أحدهما ، فإن كان الناضل باذل المال فلا شيء على المنضول ، وإن كان الناضل غير الباذل ففي استحقاقه لأجرة مثله على الباذل وجهان على ما مضى .

قال الشافعي رضي الله عنه : وإذا سبق أحد الرجلين الآخر على أن يجعلها بينهما قرعاً معروفاً خواسق أو حوابي فهو جائز . اهـ

قلت : نعلم من أقوال الإمام الشافعي رضي الله عنه أن عقد الرمي معتبر بشروط . أحدها أن يكون الراميان متعينين ، لأن العقد عليهما ، والمقصود به حذوقهما ، فإن لم يتعينا بطل العقد ، سواء وصفاً أو لم يوصفاً ، كما لو أطلق في السبق الفرسان ، فإن لم يتعينا كان باطلاً ، ولا يلزم تعيين الآلة ، ولكل واحد منهما أن يرمى عن أي قوس شاء ، وبأي سهم أحب ، فإن عينت الآلة لم يتعين وبطلت في التعين .

ولو قيل : ويرمي عن هذين القوسين لم يؤثر في العقد وجاز لهما الرمي عنهما ولغيرهما ، وإن قيل : على أن لا يرمى إلا عن هذين القوسين كان قاسداً لأنه على الوجه الأول صفة وعلى الوجه الثاني شرط .

أما قوله : ولا يصح إلا على آلتين متجانستين ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولا يصلح أن يمنع الرجل أن يرمى بأي نبل أو قوس شاء إذا كانت من صنف القوس التي سابق عليهما .

قلت : وأنواع القسي تختلف باختلاف أنواع الناس فللعرب قسي وسهام وللعجم قسي وسهام ، وقيل إن أول من صنع القسي العربية إبراهيم الخليل عليه السلام ، وأول من صنع الفارسية الفردوس . وكان النبي صلى الله عليه وسلم يحب القوس العربية ويأمر بها ويكره الفارسية وينهى عنها ، ورأى رجلاً يحمل قوساً فارسية فقال : ملعون حاملها عليكم بالقسي العربية وسهامها ، فإنه سيفتح عليكم بها . قال الماوردي : وليس هذا منه محمولا على الحظر المانع ، وفي تأويله ثلاثة أوجه (أحدها) ليحفظ به آثار العرب ، ولا يعدل الناس عنها رغبة في غيرها ، فعلى هذا يكون النذب إلى تفضيل القوس العربية باقياً .

والوجه الثاني : أنه أمر بها لتكون شعار المسلمين حتى لا يتشبهوا بأهل الحرب من المشركين فيقتلوا ، فعلى هذا يكون النذب إلى تفضيلها مرتفعاً لأنها قد فشلت في عامة المسلمين .

(والثالث) ما قاله عطاء أنه لعن من قاتل المسلمين بها . فعلى هذا لا يكون

ذلك ندبا إلى تفضيل العربية عليها ، ويكون نهيا عن قتال المساميين بها وبغيرها .
 وخصها باللعن لأنها كانت أنكى في المسلمين من غيرها ؛ وقد رمى عنها الصحابة
 والتابعون في قتال المشركين ، وإن كان الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم
 في قوسه لمن قوى رميه عنها أحب إلينا . فإن كان بالفارسية أرمى كانت به أولى ،
 ويكون الذنب منهما إلى ما هو به أرمى . اهـ

فاذا تقرر ذلك فلا يخلو حال المتناضلين في عقد نضالهما من خمسة أحوال :
 أحدها أن يشترطا فيه الرمي عن القوس العربية ، فعليهما أن يتناضلا بالعربية ،
 وليس لأحدهما العدول عنها لأجل الشرط ، فإن تراضيا معا بالعدول إلى الفارسية
 جاز (الثانية) أن يشترطا فيه الرمي عن القوس الفارسية فعليهما أن يتناضلا بها
 وليس لأحدهما العدول إلى العربية ، فإن تراضيا بالعدول جاز

(الثالثة) أن يشترطا أن يرمى أحدهما عن القوس العربية ويرمى الآخر عن
 القوس الفارسية فهذا جائز . وإن اختلفت قوساهما ، لأن مقصود الرمي حذق
 الرامي والآلة تبع .

(الرابعة) أن يشترطا أن يرمى كل واحد منهما عما شاء من قوس عربية أو
 فارسية ، فيجوز لكل واحد أن يرمى عن أي القوسين شاء قبل الشروع في
 الرمي وبعده . فإن أراد أحدهما منع صاحبه من خياره لم يجز ، سواء تماثلا فيها
 أو اختلفا (الخامسة) أن يطلقا العقد من غير شرط ، فإن كان للرماة عرف في
 أحد القوسين حمل عليه ، وجرى العرف في العقد المطابق مجرى الشرط في العقد
 المقيد . وإن لم يكن للرماة فيه عرف معهود فها بالخيار فيما اتفقا عليه من أحد
 القوسين إذا كانا فيها متساويين ، لأن مطلق العقد يوجب التكافؤ ، وإن اختلفا
 لم يقرع بينهما لأنه أصل في العقد ، وقيل لهما أن اتفقتا والا فسخ العقد بينهما .
 والشرط الثالث : أن يكون عدد الاصابة من الرشق معلوما ليعرف به الفاضل
 عن المفضول ، وأكثر ما يجوز أن تشترط فيه ما نقص من عدد الرشق المشروط
 بشيء وإن قل ليسكون متلافيًا للخطأ الذي يتعذر أن يسلم منه المتناضلان ، فقد
 كان معروفا عندهم أن أحذق الرماة من يصيب ثمانية من العشرة ، فإن شرط
 اصابة الجميع من الجميع بطلت تعذره غالبا ؛ وإن شرط اصابة ثمانية من العشرة جاز

فإن شرطاً لإصابة تسعة من العشرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز إبقاء سهم الخطأ والوجه الثاني: لا يجوز لأن إصابتها نادرة . فأما أقل ما يشترط في الإصابة فهو ما يحصل فيه القاصر . وهو ما زاد على الواحد . وقد نص الشافعي رضي الله عنه على بطلان اشتراط إصابة تسعة من عشرة .

واختلف أصحابنا في تأويل هذا على وجهين (أحدهما) تأويلها أن يشترط إصابة تسعة من عشرة فيبطل على ما ذكرناه من أحد الوجهين (والثاني) تأويلها أن يشترط أن يكون الرشق عشرة والإصابة محسوبة من تسعة دون العاشر فيبطل وجهاً واحداً لاستحقاق الإصابة من جميع الرشق به ، فإن أغفلا عدد الإصابة وعقداه على أن يكون الناضل منهما أكثرهما إصابة ففيه وجهان (أحدهما) من التعليلين في اشتراط فعله في سباق الخيل إذا عقداه إلى غير غاية ليكون السابق من تقدم في أي غاية كانت ، وهو باطل في الخيل لعلتين (إحدهما) أن من الخيل من يقوى جريه في ابتدائه ويضعف في انتهائه ؛ ومنها ما هو بضده ، فعلى هذا يكون النضال على كثرة الإصابة باطلاً ، لأن من الرماة من تكثر إصابته في الابتداء وتقل في الانتهاء ومنهم من هو بضده .

والتعليل الثاني : أن اجراء الخيل إلى غير غاية مفض إلى انقطاعها ، فعلى هذا يجوز النضال على كثرة الإصابة لأنه مفض إلى انقطاع الرماة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز إلا أن يكون مدى الغرض معلوماً ، لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد ، فوجب العلم به ، فإن كان في الموضع غرض معلوم المدى فأطلق العقد جاز وحمل عليه ، كما يجوز أن يطلق الثمن في البيع في موضع فيه نقد واحد وإن لم يكن فيه غرض معلوم المدى لم يحز العقد حتى يبين ، فإن أطلق العقد بطل كما يبطل البيع بثمن مطلق في موضع لا نقد فيه ، ويجوز أن يكون مدى الغرض قدراً يصيب مثلها في مثله في العادة ؛ ولا يجوز أن يكون قدراً لا يصيب مثلها في مثله ؛ وفيما يصيب مثلها في مثله نادراً وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه قد يصيب مثلها في مثله ، فإذا عقدا عليه بعثهما العقد

على الاجتهاد في الاصابة (والثاني) لا يجوز لأن اصابتهما في مثله تندر فلا يحصل المقصود ، وقدر أصحابنا ما يصاب منه بمائتين وخمسين ذراعاً ، وما لا يصاب بما زاد على ثلثمائة وخمسين ذراعاً ، وفيما بينهما وجهان ، فإن ترامياً على غير غرض على أن يكون السبق لأبعدهما رمياً ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه بمنتهى به قوة الساعد ، ويستعان به على قتال من بعد من العدو (والثاني) لا يجوز لأن الذي يقصد بالرمي هو الاصابة ، فأما الابعاد فليس بمقصود فلم يجز أخذ العوض عليه .

(فصل) ويجب أن يكون الغرض معلوماً في نفسه فيعرف طوله وعرضه وقدر انخفاضه وارتفاعه من الأرض ، لأن الاصابة تختلف باختلافه ، فإن كان العقد في موضع فيه غرض معروف فأطاق العقد حمل عليه كما يحمل البيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد متعارف على نقد البلد ، وإن لم يكن فيه غرض وجب بيانه ، والمستحب أن يكون الرمي بين غرضين ، لما روى عبد الدائم بن دينار قال : بلغني أن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة . وعن عقبه بن عامر أنه كان يرمى بين غرضين بينهما أربع مائة . وعن ابن عمر أنه كان يختفي بين الغرضين وعن أنس أنه كان يرمى بين الهدفين ، ولأن ذلك أقطع للتنافر وأقل للتعجب

(الشرح) خبر : ما بين الهدفين الخ سبق أن سقناه في الحث على الرمي نقلاً عن المصنف وغيره من الفقهاء ، كابن قدامة في المغني ، وقد أعضله ولم يوضح ، وأبناء دينار ثلاثه : عبد الله ومالك وعمر ، وليس فيهم من اسمه عبد الدائم ، بل ليس في رواية السنن من اسمه عبد الدائم فضلاً عن أن يكون ابن دينار

وذكر الماوردي في الحاوي الخبر مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم من طريق ابن دينار مبهماً ، والخبر ساقه صاحب الترغيب والترهيب في الترغيب في الرمي . وقد أخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق ابن أبي الدنيا بأسناده عن مكحول عن أبي هريرة يرفعه وتعلوا الرمي فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة ، وفي أسناده ضعف وانقطاع .

أما خبر عقبة بن عامر فهو ثابت من سيرته أنه لم يثبت عن أحد غيره الرمي إلى أربعمائة ذراع وهو أحد ولاية مصر بعد عمرو وتوفي في آخر خلافة معاوية روى عنه من الصحابة جابر وابن عباس وأبو أمامة ومسلمة بن مخلد ورواته من التابعين لا يحدون ، وقد غلط ابن الحياط عندما قال : إنه قتل شهيداً في معركة النهروان ، ومعركة النهروان كانت سنة ثمان وثلاثين وقد كان بعد ذلك والياً على مصر بعد سنة خمسين ،

أما الأحكام : فإن الشرط الرابع من شروط الرمي أن تكون المسافة بين موقف الرامي والهدف معلومة ؛ لأن الإصابة تكثر مع قرب المسافة وتقل مع بعدها فلزم العلم بها وأبعد ما في العرف ثلاثمائة ذراع ، وأقلها ما يحتمل أن يصاب وأن لا يصاب ؛ فإن أغفل مسافة الرمي فلها ثلاثة أحوال .

(إحداهما) أن لا يكون للرماة هدف منصوب ولا أهم عرف معهود فيكون العقد باطلاً للجهالة .

(والثانية) أن يكون للرماة الحاضر هدف منصوب وللرماة فيه موقف معروف فيصح العقد ويكون متوجهاً إلى الهدف الحاضر من الموقف المشاهد ، والرماة يسمون موقف الوجه .

(والثالثة) أن لا يكون لهم هدف منصوب ولكن لهم عرف معهود ، ففيه وجهان ، أحدهما يصح العقد مع الإطلاق ، ويحملان فيه على العرف المعهود كما يحمل إطلاق الأثمان على غالب النقد المعهود ؛ والوجه الثاني : أن العقد باطل ، لأن حذق الرماة يختلف باختلاف لأجله حكم الهدف فلم يصح حتى يوصف .

(والشرط الخامس) الذي تضمنته هذان الفصلان من كلام المصنف أن يكون الغرض أو الهدف معلوماً لأنه المقصود بالإصابة ، أما الهدف فهو تراب يجمعونه أوحائط بيت ، وقد قيل من صنّف فقد استهدف لأنه يرمى بالاقابل من الحاسدين والنافضين . وأما الغرض فهو جلد أو شن بال ينصب في الهدف ويختص بالإصابة وربما جعل في الغرض دائرة كالملال تختص بالإصابة من يحمله الغرض وهي الغاية في المقصود من حذق الرماة ، وإذا كان كذلك فالعلم بالغرض يكون من ثلاثة أوجه .

أحدهما : موضعه من الهدف في ارتفاعه وانخفاضه لأن الإصابه في المنخفض أكثر منها في المرتفع .

والثاني : قدر الغرض في ضيقه وسعته ، لأن الإصابه في الواسع أكثر منها في الضيق ، وأوسع الأغراض في عرف الرماة ذراع وأقله أربع أصابع . والثالث قدر الدارة من الغرض إن شرطت الإصابه فيها .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجب أن يكون موضع الإصابه معلوما ، وأن الرمي إلى الهدف وهو التراب الذي يجمع أو الحائط الذي يبنى أو إلى الغرض ، وهو الذي ينصب في الهدف ، أو الشن الذي في الغرض ، أو الدارة التي في الشن أو الحائط الذي في الدارة ، لأن الغرض يختلف باختلافها ، فإن أطلق العقد حمل على الغرض ، لأن العرف في الرمي إصابه الغرض فحمل العقد عليه ، ويجب أن تكون صفة الرمي معلومه من القرع وهو إصابه الغرض أو الخزق وهو أن يشق الشن أو الخسق وهو الذي يشقه ، ويثبت فيه ؛ أو المرق وهو الذي ينفذ منه ، أو الحرم وهو أن يقطع طرف الشن ويكون بعض السهم في الشن وبعضه خارجا منه ، لأن الخزق لا يبين إلا بذلك ، فإن أطلق العقد حمل على القرع ، لأنه هو المتعارف فحمل مطلق العقد عليه ، فإن شرط قرع عشرة من عشرين وأن يحسب خاسق كل واحد منهما بقارعين جازلان هما يتساويان فيه ، وإن أصاب أحدهما تسعة قرعا وأصاب الآخر قارعين وأربعة خواسق فقد فضله لأنه استكمل العشرة بالخواسق .

(فصل) واختلف أصحابنا في بيان حكم الإصابه أنه مبادرة أو محاطة أو حواشي ، فمنهم من قال : يجب بيانه ، فإن أطلق العقد لم يصح ، لأن حكمها يختلف وأغراض الناس فيها لا تتفق فوجب بيانه ، ومنهم من قال : يصح ويحمل على المبادرة لأن المتعارف في الرمي هو المبادرة ، واختلفوا في بيان من يبتدىء بالرمي ؛ فمنهم من قال : يجب فإن أطلق العقد بطل ، وهو المنصوص ؛ لأن ذلك موضوع على نشاط القاب وقوة النفس ، ومتى قدم أحدهما انكسر قلب الآخر

وساء رميه ، فلا يحصل مقصود العقد ، ومنهم من قال : يصح لان ذلك من توابع العقد ويمكن تلافيه بما تزول به التهمة من العرف أو القرعة ، فإذا قلنا : إنه يصح ففي البادى وجهان .

(أحدهما) إن كان السبق من أحدهما قدم ، لان له مزية بالسبق ، وإن كان السبق منهما أقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الآخر .

(والثاني) لا يبدأ أحدهما إلا بالقرعة لان أمر المسابقة موضوع على أن لا يفضل أحدهما على الآخر بالسبق ، فإن كان الرمي بين غرضين فبدأ أحدهما من أحد الغرضين بدأ الآخر من الغرض الآخر ، لانه أعـدل وأسهل ، فان كانت البداية لاحدهما فبدأ الآخر ورمى لم يحسب له إن أصاب ولا عليه ان أخطأ لانه رمى بغير عقد فلم يعتد به ، وان اختلفا في موضع الوقوف كان الامر إلى من له البداية لانه لما ثبت له السبق ثبت له اختيار المكان فاذا صار الثاني إلى الغرض الثاني صار الخيار في موضع الوقوف اليه ايستويا ، وان طلب أحدهما استقبال الشمس والآخر استدبارها أجيب من طلب الاستدبار لانه أوفق للرمى .

(الشرح) لغات الفصل فيها قوله : الشن وهو جلد بال ينصب في الهدف . أما الدارة فهي قطعة على شكل نصف دائرة ، والقرع باسكان الراء من باب نفع يقال : قرع السهم القرطاس إذا أصابه ، والقرع بفتحـتين السبق والندب الذي يستبق عليه .

وأما الأحكام : فإن المصنف ذكر هنا الشرط وهو أن يكون محل الإصابة معلوما ، هل هو في الهدف أو في الغرض أو في الدارة ، لان الإصابة في الهدف أوسع ، وفي الغرض أوسط وفي الدارة أضيق ، وإن أغفل ذلك كان جميع الغرض محلا للإصابة لان مادونه تخصيص ، وما زاد عليه فهو بالغرض مخصوص ، فإن كانت الإصابة مشروطة في الهدف سقط اعتبار الغرض ، ولزم وصف الهدف طوله وعرضه ؛ وإن شرطت الإصابة في الغرض سقط اعتبار الهدف ولزم وصف الغرض ، وإن شرطت الإصابة في الدارة سقط اعتبار الغرض ولزم وصف الدارة .

(فرع) والشرط السابع : أن تكون الإصابة موصوفة بقرع أو خرق أو خسق قارق ما أصاب الغرض ولم يؤثر فيه ، والخرق ماثقب الغرض ولم يثبت فيه ، والخاسق ما ثبت في الغرض بعد أن ثقب ، ولا يحتسب بالقارع في الخرق والحسق ، وتحتسب بالخرق في القرع ولا يحتسب به في الحسق ، ويحتسب بالخاسق في القرع والخرق وينطلق على جميع هذه الإصابات اسم الخواصل وهو جمع خصال فإن أغفل هذا الشرط كانت الإصابة محمولة على القرع لأن ما عداه زيادة .

(فرع) والشرط الثامن أن يكون حكم الإصابة معلوما ، هل مبادرة أو محاطة لأن حكم كل واحد منهما مخالف لحكم الآخر ، والمبادرة أن يبادر أحدهما إلى استكمال إصابته من أقل العددين على ماسياتي ، والمحاطة أن يحيط أقل الإصابتين من أكثرهما ويكون الباقي بعدها هو العدد المشروط على ما سنشرحه ، فإن أغفلا ذلك ولم يشترطاه فسد العقد إن لم يكن للرماة عرف معهود ، وفي فساد إن كان لهم عرف معهود وجهان على ما تقدم .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وقد رأيت من الرماة من يقول : صاحب السبق أولى أن يبدأ وللمسبق لهما أن يبدأ أيهما شاء ، ولا يجوز في القياس عندي إلا أن يتشارطا . أما اشتراط الابتداء فهو معتبر في الرمي دون السبق لانهما في السبق يتساويان في الجري معاً لا يتقدم أحدهما على الآخر ، وأما الرمي فلا بد أن يبتدىء به أحدهما قبل الآخر ولا يرميان معاً لاختلاط رميتهما ولما يخاف من تنافرها ، فإن شرطاً في العقد البادي منهما بالرمي كان أحقهما بالابتداء سواء كان المبتدىء مخرج المال أو غير مخرجه ، فإن أراد بعد استحقاقه التقدم أن يتأخر لم يمنع لأن التقدم حق له وليس بحق عليه ، وإن أغفل في العقد اشتراط البادي بالرمي ففي العقد قولان .

(أحدهما) وهو اختيار الشافعي في هذا الموضع أن العقد باطل لأن للبداية تأثيراً في قوة النفس وكثرة الإصابة فصارت مقصودة فبطل العقد باغفالها .
(والقول الثاني) أن العقد صحيح ، وإن أغفلت فيه البداية ، وقد حكاه الشافعي عن بعض فقهاء الرماة لأنه من توابع الرمي الذي يمكن تلافيه بما تزول التهمة

فيه من الرجوع إلى عرف أو قرعة ، فعلى هذا إن كان مخرج المال أحدهما كان هو البادى . بالرمى اعتباراً بالعرف ، وفيه وجه آخر أنه يقرع بينهما ، فإن كانا مخرجين للمال أقرع بينهما لتكافئتهما وهل يدخل المحلل في قرعتهما أو يتأخر عنهما على وجهين (أحدهما) يتأخر ولا يدخل في القرعة إذا قيل : إن مخرج المال يستحق التقدم (والوجه الثانى) يدخل في القرعة ولا يتأخر إذا قيل : إن مخرج المال لا يتقدم إلا بالقرعة .

قال الشافعى رضى الله عنه : وقد جرت عادة الرماة أن يكون الرامى الثانى يتقدم على الأول بخطوة أو خطوتين أو ثلاث وهذا معتبر بعرف الرماة وعادتهم فإن كانت مختلفة فيه ، يفعلونه تارة ويسقطونه أخرى سقط اعتباره ووجب التساوى فيه ، وإن كانت عادتهم جارية لا يختلفون فيها فى لزوم اعتباره بينهما وجهان . أحدهما : لا يعتبر لوجوب تكافئتهما فى العقد فلم يحز أن يتقدم أحدهما على الآخر بشيء لأنه يصير مصيباً بتقدمه لا لحذقه . والوجه الثانى : يعتبر ذلك فيها ، لأن العرف فى العقود كإطلاق الأعيان ، فعلى هذا إن لم يختلف عرفهم فى عدد الأقدام حملاً على العرف فى عددها ليعكون القرب بالأقدام فى مقابلة قوة النفس تقدم أحدهما على الآخر بما لا يستحق لم يحتسب له بصوابه واحتسب عليه بخطئه .

وقال الشافعى رضى الله عنه : وأيهما بدأ من وجه بدأ صاحبه من الآخر . قال الماوردى : عادة الرماة فى الهدف مختلفة على وجهين وكلاهما جائز ، فمنهم من يرمى بين هدفين متقابلين فيقف أحد الحزبين فى هدف يرمى منه إلى الهدف الآخر ويقف الحزب الآخر فى الهدف المقابل فيرمى إلى الهدف الآخر اهـ .

(قلت) والحكمة فى أن يتقدم أحدهما الآخر وأن لا يرميا سوياً هو أن التساوى فى الرمى مفض إلى الاختلاف فى الإصابة حيث لا يعرف من المصيب منهما ومن ثم توجه ما مضى من أقوال وبهذا كله أخذ أحمد وأصحابه .

فإذا تشاحا فى موضع الوقوف ، فإن كان ما طلبه أحدهما أولى مثل أن يكون فى أحد الموقفين مستقبل الشمس أو ريحا تؤذيه باستقبالها ونحو ذلك ، والآخر يستدبرها قدم قول من طلب استدبارها لأنه العرف فى الرمى والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز أن يرمي سهما سهما وخمسا خمسا ، وأن يرمي كل واحد منهما جميع الرشق ، فإن شرطا شيئا من ذلك حملا عليه ، وإن أطاق العقد تراسلا سهما سهما لأن العرف فيه ما ذكرناه ، وإن رمى أحدهما أكثر مما له لم يحسب له إن أصاب ، ولا عليه إن أخطأ لأنه رمى من غير عقد فلم يعتد به .

(فصل) ولا يجوز أن يتفاضلا في عدد الرشق ولا في عدد الإصابة ولا في صفة الإصابة ولا في محل الإصابة ، ولا أن يحسب قرع أحدهما خسقا ولا أن يكون في يد أحدهما من السهام أكثر مما في يد الآخر في حال الرمي ، ولا أن يرمي أحدهما والشمس في وجهه لأن القصد أن يعرف حذقهما ، وذلك لا يعرف مع الاختلاف ، لأنه إذا نضل أحدهما كان النضل بما شرط لا بجودة الرمي ، فإن شرط شيئا من ذلك بطل العقد ، لأنه في أحد القولين كالأجارة ، وفي الثاني كالجمالة ، والجميع يبطل بالشرط الفاسد .

وهل يجب للناضل في الفاسد أجره المثل ؟ فيه وجهان أحدهما لا تجب . وهو قول أبي إسحاق لأنه لا يحصل للمسبوق منفعة بسبق الساق فلم تلزمه أجرته (والثاني) تجب ، وهو الصحيح ، لأن كل عقد وجب المسمى في صحته وجب عوض المثل في فاسده كالبيع والأجارة

(فصل) وإن شرط على الساق أن يطعم أصحابه من السبق بطل الشرط لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فبطل ، وهو يبطل العقد المنصوص أنه يبطل لأنه تمليك مال شرط . فيه شرط يمنع كمال التصرف ، فإذا بطل الشرط بطل العقد ، كما لو باعه ساعة بألف على أن يتصدق بها . وقال أبو إسحاق : يحتمل قول آخر لا يبطل ، كما قال فيمن أصدق امرأته ألفين على أن تعطى أباه ألفا أن الشرط باطل ويصح الصداق ، فإذا قلنا بالمنصوص سقط المستحق ، وهل يرجع الساق بأجرة المثل ؟ على الوجهين .

(الشرح) إذا شرطا في العقد شرطا حملا فيه على موجب الشرط . وإن خالف العرف لأن الشرط أحق من العرف ؛ فإن شرطا أن يرمي سهما وسهما أو شرطا

أن يرمي خمسا وخمسا ، أو شرطا أن يواصل كل واحد منهما رمي جميع رشقه رمي كل واحد منهما عدد ما أوجب الشرط ، فإن زاد عليه لم يحسب به مصيبا ولا مخطئا لخروجه عن موجب العقد ، وإن أغفل ولم يشترط في العقد لم يبطل العقد بإغفاله لا مكان التكافؤ فيه واعتبر فيها عرف الرماة لأنه يجري بعد الشرط مجرى الشرط ، فإن كان عرف الرماة جاريا بأحد الثلاثة المجوزة من الشرط صار كالمستحق بالشرط ، وإن لم يكن للرماة عرف لاختلافه بينهم رميا سهما وسهما ، ولم يزد كل واحد منهما على سهم واحد حتى يستنفدا جميع الرشق . لأن قرب المماودة إلى الرمي أحفظ لحسن الصنيع ، فإن رمي أحدهما أكثر من سهم فإن كان قبل استقرار هذا الترتيب كان محتسبا به مصيبا ومخطئا ، وإن كان بعد استقراره لم يحتسب به مصيبا ولا مخطئا ، لأنه قبل الاستقرار يجوز وبعد الاستقرار ممنوع .

وهذا الذي ذكرناه هو الشرط التاسع من شروط الرمي . قال في الحاوى الكبير : يذكر المبتدئ منهما بالرمي وكيفية الرمي هل يتراميان سهما وسهما أو خمسا وخمسا ليزول التنازع ويعمل كل واحد منهما على شرطه ، فإن أغفل ذكر المبتدئ منهما بالرمي ففي العقد قولان (أحدهما) أنه باطل (والثاني) جائز وفي المبتدئ وجهان (أحدهما) مخرج المال (والثاني) من قرع ، وإن أغفل عدد ما يرميه كل واحد منهما في يديه فالعقد صحيح ويحملان على عرف الرماة إن لم يختلف ، فإن اختلف عرفهم رميا سهما وسهما .

قلت : وقد مضى ذكر الشرط العاشر ، وهو المال المخرج في النضال ويسمى الحظر ويجب ذكره ، فإن كان مجهولا ففي استحقاقه لأجرة مثله إذا نضل وجهان (فرع) ولا يجوز أن يتفاضلا على أن تكون إصابة أحدهما قرعا وإصابة الآخر خسقا ، لأن المقصود بالعقد معرفة أحدهما بالرمي ، كما لا يجوز أن يتفاضلا على أن تكون إصابة أحدهما خمسة من عشرين وإصابة الآخر عشرة من عشرين لما فيه من التفاضل الذي لا يعلم به الأحقق

قال الشافعي رضي الله عنه : وهو متطوع باطعامه إياه ، وما نضله فله أن يحرزه ويتموله ويمنعه منه ومن غيره ، وهو عندى كرجل كان له على رجل دينار

فأسلفه الدينار ورده عليه أو أطعمه به فعليه دينار كما هو، وقال أيضا: ومستحق سبقه يكون مملوكا له يكون لقضائه عليه كالدين يلزمه إن شاء أطعم أصحابه، وإن شاء تموله.

قلت: وهذا صحيح إذا نضل الرامي ملك مال النضال وكذلك في السبق وصار كسائر أمواله، فإن كان عيناً استحق أخذها، وإن كان ديناً استوجب قبضه ولم يلزمه أن يطعم أصحابه، من أهل النضال والسباق.

وحكى الشافعي عن بعض فقهاء الرماة أن عليه أن يطعم أصحابه ولا يجوز أن يملكه، وهذا فاسد، لأنه لا يخلو إما أن يكون كمال الاجارة أو مال الجمالة لأن عقده متردد بين هذين العقدين، والعوض في كل واحد منهما مستحق يملكه مستحقه ولا يلزمه مشاركة غيره فبطل ما قاله المخالف فيه، فعلى هذا إن مطل به المنضول قضى به الحاكم عليه وحبسه فيه وباع عليه مملكه، وإن مات أو أفلس ضرب به مع غرمائه ويقدم به على ورثته.

وقال الشافعي رضى الله عنه: ولو شرط أن يطعم السبق أصحابه كان فاسداً. وقد ذكرنا أن مال السبق يملكه الناضل ولا يلزمه أن يطعم أصحابه، فإن شرط عليه في العقد أن يطعم أصحابه ولا يملكه كان الشرط فاسداً، لأنه ينافي بموجب العقد، وفي فساد العقد وجهان

(أحدهما) وهو الظاهر من المذهب أن العقد يفسد بفساد الشرط كالبيع. والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وبه قال أبو حنيفة أن العقد صحيح لا يفسد بفساد هذا الشرط، لأن نفعه لا يعود على مشروطه، وكان وجوده كعدمه

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وإذا تناضلا لم يخل إما أن يكون الرمي مبادرة أو محاطة أو حواري فإن كان مبادرة، وهو أن يعقد على إصابة عدد من الرشق وأن من بدر منهما إلى ذلك مع تساويهما في الرمي كان ناضلا، فإن كان العقد على إصابة عشرة من ثلاثين نظرت — فإن أصاب أحدهما عشرة من عشرين، وأصاب الآخر تسعة

من عشرين ، فالأول ناضل لأنه بادر إلى عدد الإصابة ، وإن أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم ينضل واحد منهما ويسقط رمى الباقي ، لأن الزيادة على عدد الإصابة غير معتد بها ، وإن أصاب الأول تسعة من عشرين وأصاب الآخر خمسة من عشرين فالنضال بحاله ، لأنه لم يستوف واحد منهما عدد الإصابة فيرميان ، فإن رمى الأول سهماً وأصاب فقد فاج وسقط رمى الباقي ، وإن رمى الأول خمسة فأخطأ في جميعها ورمى الثاني فأصاب في جميعها ، فإن الناضل هو الثاني ويسقط رمى ما بقي من الرشق ، لأن الأول أصاب تسعة من خمسة وعشرين . وأصاب الثاني عشرة من خمسة وعشرين ، وإن أصاب الأول تسعة من تسعة عشر وأصاب الآخر ثمانية من تسعة عشر فرمى البادى سهماً فأصاب فقد نضل ، ولا يرمى الثاني ما بقي من رشقه لأنه لا يستفيد به نضالاً ولا مساواة ، لأن الباقي من رشقه سهم وعليه إصابة سهمين ، فإن أصاب كل واحد منهما تسعة من عشرة ثم رمى البادى فأصاب جاز للثاني أن يرمى ، لأنه ربما يصيب فيساويه .

(فصل) وإن كان الرمي محاطة وهو أن يعقدا على إصابة عدد من الرشق وأن يتحاطا ما استويا فيه من عدد الإصابة ويفضل لأحدهما عدد الإصابة فيكون ناضلاً نظرت ، فإن كان العقد على إصابة خمسة من عشرين فأصاب كل واحد منهما خمسة من عشرة لم ينضل أحدهما الآخر ، لأنه لم يفضل له عدد من الإصابة ويرميان ما تبقى من الرشق ، لأنه يرجو كل واحد منهما أن ينضل ، فإن فضل لأحدهما بعد تساويهما في الرمي واسقاط ما استويا فيه عدد الإصابة لم يخل — أما أن يكون قبل الكمال الرشق أو بعده — فإن كان بعد الكمال الرشق بأن رمى أحدهما عشرين وأصابها ، ورمى الآخر فأصاب خمسة عشر ، فالأول هو الناضل ، لأنه يفضل له بعد المحاطة فيما استويا فيه عدد الإصابة ، وإن كان قبل كمال الرشق وطالب صاحب الأقل صاحب الأكثر برمى باقي الرشق نظرت ، فإن لم يكن له فائدة مثل أن يرمى الأول خمسة عشر وأصابها ، ورمى الثاني خمسة عشر فأصاب خمسة ، لم يكن له مطالبته لأن أكثر ما يمكن أن يصيب فيما بقي له وهو خمسة ، ويبقى الأول خمسة فينضله بها ، وإن كان له فيه فائدة بأن يرجو

أن ينضل بأن يرمى أحدهما أحد عشر فيصيب ستة ويرمى الآخر عشرة .
 فيصيب واحداً ، ثم يرمى صاحب الستة فيخطيء فيما بقي له من الرشق . ويرمى
 صاحب الواحد فيصيب في جميع ما بقي له فينضله بخمسة أو يساويه بأن يرمى
 أحدهما خمسة عشر . فيصيب منها عشرة ويرمى الآخر خمسة عشر فيصيب
 منها خمسة . ثم يرمى صاحب العشرة فيخطيء في الجميع ويرمى صاحب الخمسة
 فيصيب فيساويه أو يقلل إصابته بأن يصيب أحدهما أحد عشر من خمسة عشر
 ويصيب الآخر سهمين من خمسة عشر ثم يرمى صاحب الأحدى عشر ما بقي له
 من رشفه فيخطيء في الجميع ويرمى صاحب السهمين فيصيب في الجميع فيصير له
 سبعة ويبقى لصاحبه أربعة . فهل لا قلها إصابته مطالبة الآخر بإكل الرشق ؟
 فيه وجهان (أحدهما) ليس له مطالبة لأنه بدر إلى الإصابه مع تساويهما في الرمي
 بعد المحاطة فحكم له بالسبق (والثاني) له مطالبة لأن مقتضى المحاطة إسقاط
 ما استويا فيه من الرشق . وقد بقي من الرشق بعضه

(فصل) وان كان العقد على حواشي وهو أن يشترط إصابته عدد من الرشق
 على أن يسقط ما قرب من إصابته أحدهما ما بعد من إصابته الآخر : فمن فضل
 له بعد ذلك مما اشترط عليه من العدد كان له سبق . فان رمى أحدهما فأصاب
 من الهدف موضعاً بينه وبين الغرض قدر شبر حسب له ، فان رمى الآخر
 فأصاب موضعاً بينه وبين الغرض قدر أصبع حسب له وأسقط ما رماه الأول
 فان عاد الأول ورمى فأصاب الغرض أسقط ما رماه صاحبه . وان أصاب أحدهما
 الشن وأصاب الآخر العظم الذي في الشن فقد قال الشافعي رحمه الله : من الرماة
 من قال : انه تسقط الإصابه من العظم ما كان أبعد منه .

قال الشافعي رحمه الله : وعندى أنهما سواء . لأن الغرض كله موضع الإصابه
 فان استوفيا الرشق ولم يفضل أحدهما صاحبه بالعدد الذي اشترطاه فقد تكافأ
 وان فضل أحدهما صاحبه بالعدد أخذ سبق .

وحكى عن بعض الرماة أنهما اذا أصابا أعلى الغرض لم يتقايسا . قال والقياس
 أن يتقايسا لأن أحدهما أقرب إلى الغرض من الآخر فأسقط الأقرب الأبعد .
 كما لو أصابا أسفل الغرض أو جنبه .

(الشرح) أما غريب هذه الفصول فقد مضى شرح المبادرة والمحاطة والحوابي
أما قوله : فلج من الفلوج وبابه خرج فيقال : فلج فلوجا أى ظفر بما يريد ،
وقوله : نضل أى فاز عليه بالمرامة

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضى الله عنه : وإن كان رمية مبادرة فبلغ
تسعة عشر من عشرين رمى صاحبه بالسهم الذي يرأسه ثم رمى الثاني فإن أصاب
بسهمه ذلك فلج عليه ، وإن لم يرم الآخر بالسهم ، لأن المبادرة أن يفوت أحدهما
الآخر وليس كالمائة .

قال المزني : وهذا عندي غلط لا ينضله حتى يرمى صاحبه بمثل ، قد ذكرنا
أن الرمي ضربان محاطة ومبادرة فالمبادرة صورتها أن يتناضلا على إصابة عشرة
من ثلاثين مبادرة فيكون الرشق ثلاثين سهمًا والإصابة المشروطة منها عشرة
أسهم فأيهما بدر إلى إصابة ابتها من أقل العددين فيه نضل وسقط رمى الرشق ،
وان تكافئا في الإصابة من عدد متساو سقط رمى الثاني وليس منهما ناضل . وبيانه أن
يصيب أحدهما عشرة من عشرين وقد رماها الثاني فتعصر منها ، ولا يرميان بقية
الرشق لحصول النضل ، فلو أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم يكن
منهما ناضل ولا منضول وسقط رمى الباقي من الرشق ، لأن زيادة الإصابة فيه
غير مفيدة لنضل .

ولو أصاب أحدهما خمسة من عشرين وأصاب الآخر تسعة من عشرين
فالنضال بحاله ، لأن عدد الإصابة لم يستوف ، فيرميان من بقيه الرشق ما يكمل به
إصابته أحدهما عشرة ، فإن رمى الأول سهمًا فأصاب فقد فلج على الثاني ونضل
وسقط رمى الثاني ، ولو رمى الأول خمسة فأخطأ في جميعها ورمى الثاني خمسة
فأصاب في جميعها صار الثاني ناضلا وسقط رمى الثاني من الرشق ، لأن الأول
أصاب تسعة من خمسة وعشرين وأصاب الثاني عشرة من خمسة وعشرين
ثم على هذا الاعتبار .

فأما مسأله الكتاب فصورتهما أن يتناضلا على إصابة عشرة من ثلاثين مبادرة
فيصيب البادى منهما تسعة من تسعة عشر ويصيب الآخر ثمانية من تسعة عشر

ثم يرمى البادىء منهما سهماً آخر يستكمل به العشرين فيصير به ناضلاً ؛
ويمنع الآخر من رمى السهم الآخر الذى رماه الثانى لانه لا يستفيد به نضالاً ولا
مساواة ، لأن الثانى له من العشرين سهم واحد وعليه إصابتان . ولو رمى فأصابه
بقيت عليه إصابة يكون بها منضولاً فلم يكن لرميه معنى يستحقه بالعقد . فلذلك
منع منه . ولو كان كل واحد منهما قد أصاب تسعة من تسعة عشر ثم رعى المبادىء
وأصاب كان للمبتدئ أن يرمى بجواز أن يصيب فيكافى .

فأما المبنى فظن أن الشافعى منع المبدأ أن يرمى بالسهم الباقى فى هذه المسألة
فتكلم عليه وليس كما ظن بل أراد منعه فى المسألة المتقدمة للتعليل المذكور .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : وإن اشترطا محاطة فكل ما أصاب
أحدهما وأصاب الآخر مثله أسقطا العددين ولا شىء لو اختلفا بينهما ويستأنفان .
وإن أصاب أقل من صاحبه حط مثله حتى يخلص له ذلك العدد الذى شرطه
فينضله به .

قد ذكرنا أن النضال على ضربين محاطة ومبادرة . فبدأ الشافعى رضى الله عنه
بذكر المحاطة فى الآم وإن جعلها المصنف هنا بعد المبادرة ، لأن الغالب من النضال
فى زمانه كان محاطة والغالب فى بلد الشيخ أبى إسحاق كان المبادرة ، وقد قيل إن
الشافعى كان رامياً يصيب من العشرة ثمانية فى الغالب ، وهى عادة حذاق الرماة
فإذا عقد سبق النضال على إصابة خمسة من عشرين محاطة ورمية وجب
أن يحط أقل الإصابتين من أكثرهما وينظر فى الباقى بعد الحط ، فإن كان خمسة
فهو القدر المشروط فيصير صاحبه به ناضلاً . وإن كان الباقى أقل من خمسة لم
ينضل ، وإن كان أكثر إصابة لنقصانه من العدد المشروط ، وإذا كان كذلك لم
يخل حالهما بعد الرمي من أحد أمرين : إما أن يتساويا فى الإصابة أو يتفاضلا ،
فإن تساويا فى الإصابة فأصاب كل واحد منهما عشرة أو خمسة أو خمسة أو
الشافعى فلا شىء لو اختلفا بينهما ويستأنفان .

فأختلف أصحابنا فى قوله : ويستأنفان على وجهين حكاهما أبو دلى بن أبى هريرة
أحدهما يستأنفان الرمي بالعقد الأول ، لأن عقد المحاطة ما أوجب حط الأقل

من الأكثر وليس مع التساوى عقد حط . فخرج من عقد المحاطة . فلذلك استأنفا الرمي ليصير ما يستأنفانه من عقود المحاطة .

والوجه الثاني : أنه أراد بها يستأنفان عقداً مستجداً ان أحبا ، لأن العقد الواحد لا يلزم فيه إعادة الرمي مع التكافؤ ، كما لا يلزم في الخيل إعادة الجرى مع التكافؤ .

قال الماوردي : والذي أراه وهو عندى الأصح أن ينظر — فان تساويا في الإصابة قبل الرشق استأنفا الرمي بالعقد الاول ، وان تساويا فيه بعد استكمال الرشق استأنفاه بعقد مستجد ان أحبا لأنها قبل استكمال الرشق في بقايا أحكام العقد ، وبعد استكمالها قد نقصت جميع أحكامه .

فان تفاضلا في الإصابة لم يخل تفاضلها فيها من أقسام ثلاثه :

١ — أن يفضل ولا يفضل بما فضل . وهو أن يشترطا إصابة خمسة من عشرين محاطه فيصيب أحدهما عشرة أسهم ويصيب الآخر ستة أسهم ، فتخط الستة من العشرة يكون الباقي منها أربعة فلا يفضل ، لأن شرط الإصابة خمسة وهكذا لو أصاب أحدهما خمسة عشر وأصاب الآخر أحد عشر لم يفضل الفاضل لأن الباقي له بعد الحط أربعة ، ثم على هذا الاعتبار ان كان الباقي أقل من خمسة .

٢ — أن يفضل بما فضل بعد استيفاء الرشق . وهو أن يصيب أحدهما خمسة عشر من عشرين ، ويصيب الآخر عشرة من عشرين فيفضل الفاضل لأنك اذا أسقطت من أصابته عشرة كان الباقي بعدها خمسة ، وهو عدد النضيل . وهكذا لو أصاب أحدهما عشرة وأصاب الآخر خمسة كان الفاضل ناضلا ، لأنك اذا أسقطت الخمسة من أصابته كان الباقي بعدها خمسة ، وهو عدد الإصابات . وهكذا لو كان الباقي بعد الحط أكثر من خمسة ، ثم على هذا الاعتبار .

٣ - أن ينضل بما فضل قبل استيفاء الرشق وهو أن يصيب أحدهما عشرة من خمسة عشر ، ويصيب الآخر خمسة من خمسة عشر ويكون الباقي من الأكثر خمسة ، وهو عدد النضل ، فهل يستقر النضال بهذا قبل استيفاء الرشق أم لا ؟ على وجهين .

أحدهما : يستقر النضل ويسقط باقى الرشق ، لأن مقصوده معرفة الأحق وقد عرف .

والوجه الثانى : وهو الأظهر ، أنه لا يستقر النضل بهذه المبادرة إلى العدد حتى يرميا ببقية الرشق ، لأن العقد قد تضمنها ، وقد يجوز أن يصيب المفضل جميعها أو أكثرها ويخطئ الفاضل جميعها أو أكثرها . وعلى هذا يكون التفريع فإذا رميا ببقية الرشق وهو الخمسة الباقية ، فإن أصاب المفضل جميعها وأخطأ الفاضل جميعها فقد استويا ولم ينضل واحد منهما ، لأن إصابته كل واحد منهما عشرة ، وإن أصاب الفاضل وأخطأ المفضل جميعها استقر فضل الفاضل لأنه أصاب خمسة وعشرين ، وأصاب المفضل خمسة من عشرين فكان الباقي بعد الحط عشرة ، هى أكثر من شرطه ، فلو أصاب الفاضل من الخمسة الباقية سهما وأصاب المفضل سهمين لم ينضل الفاضل لأن عدد إصابته أحد عشر سهما وعدد إصابته المفضل سبعة إذا حطت من تلك الإصابه كان الباقي أربعة والشرط أن تكون خمسة ، فلذلك لم ينضل وإن فضل .

فلو أصاب الناضل سهمين والمنضول سهمين صار الفاضل ناضلا ، لأنه أصاب اثني عشرة وأصاب المنضول سبعة يبقى للناضل بعد الحط خمسة ، ولو أصاب أحدهما سبعة من عشرة وأصاب الآخر سهمين من عشرة فإذا رميا ببقية السهام فإن أصاب المفضل جميعها وأخطأ الفاضل جميعها صار الاول ناضلا والثانى منضولا ، لأن الاول له سبعة والثانى له اثنا عشر يبقى له بعد الحط خمسة ، ولو أصاب الاول جميعها وأصاب الثانى جميعها كان الاول ناضلا لأن إصابته سبعة عشر وإصابته الثانى اثنا عشر ، فإن أخطأ الاول فى سهم من بقیه الرشق لم يفضل ولم ينضل ، ولو أصاب اثني عشر من خمسة عشر وأصاب الآخر سهمين من

خمسه عشر استقر النضل وسقط بقيه الرشق وجهاً واحداً ، لأن المنضول لو أصاب جميع الخمسه الباقية من الرشق حتى استكمل بما تقدم سبعة كان منضولاً ، لأن الباقي للفاضل بعد حطها خمسه فلم يستفد بقيه الرمي أن يدفع عن نفسه النضل فسقط ، ثم على هذا الاعتبار ،

(فرع) قول المصنف : وإن كان العقد على حوابي . فإن الحوابي نوع من أنواع الرمي وهم فيه أبو حامد الاسفراييني لجعله صفة من صفات السهم وسماء حوابي بإثبات الياء فيه وحذفها وأنه السهم الواقع دون الهدف ثم يحبو إليه حتى ينضل به مأخوذاً من حبو الصبي . وهذا نوع من الرمي المزدلف يفرقان في الاسم لأن المزدلف أحد الحوابي أضعف ويستويان في الحكم على ما سبق ، والذي قاله سائر أصحابنا أن الحوابي نوع من الرمي ، وأن أنواع الرمي ثلاثة : المحاطة والمبادرة والحوابي وقد ذكرنا المحاطة والمبادرة .

فأما الحواب فهو أن يحتسب بالاصابه في الشن ، وإن أصاب أحدهما الهدف على شبر من الشن فاحتسب به ثم أصاب الآخر الهدف فتر من الشن احتسب به وأسقط إصابة الشبر لأنها أبعد ، ولو أصاب أحدهما خارج الشن واحتسب به وأصاب الآخر في الشن احتسب به وأسقط إصابته خارج الشن ، ولو أصاب أحدهما الشن فاحتسب به وأصاب الآخر الدارة التي في الشن فاحتسب به وأصاب الآخر العظم الذي في دارة الشن احتسب وأسقط إصابته الدارة فيكون كل قريب مسقطاً لما هو أبعد منه ، فهذا نوع من الرمي ذكره الشافعي في كتاب الام وذكر مذاهب الرماة فيه وفرع عليه ، ولم يذكره المزي إلا باختصاره ، وإما لأنه غير موافق لرأيه لضيقه وكثرة خطره ، لأنه يثبت الاصابه بعد إثباتها ، والمذهب — كما ذكر المصنف — جوازه لامرين .

(أحدهما) أنه نوع معهود في الرمي فأشبهه المحاطة والمبادرة .
(والثاني) أنه أبعث على التمرن على الحذق ، والتمرس بمعاطاة الدقه في التصويب والتسديد فصح ، فإذا كان كذلك في جواز النضال على إصابة الحواب وكان عقدهما على إصابة خمسه من عشرين فلما إذا تناضلا ثلاثة أحوال .

١ - أن يقصرا عن عدد الإصابة .

٢ - أن يستوفيا عدد الإصابة .

٣ - أن يستوفيا أحدهما ويقصر الآخر عنها .

فأما الأول كان يصيب كل منهما أقل من خمسة فقد ارتفع حكم العقد بنقصان الإصابة من العدد والمشرط من غير أن يكون فيها ناضل أو منضول ولا اعتبار بالقرب والبعد مع نقصان العدد ، وأما الثانية من استيفائهما معا عدد الإصابة فيصيب كل منهما خمسة فصاعداً ، فيعتبر حينئذ حال القرب والبعد ، فإنهما لا يخلو أمرهما من :

(أ) أن تكون الاصابات في الهدف ، وقد تساوت في القرب من الشن ، وليست بعضها بأقرب إليه من بعض فقد تكافئا ؛ وليس فيهما ناضل ولا منضول . وكذا لو تقدم لكل واحد منهما سهم كان أقرب إلى الشن من باقي سهامه وتساوى السهمان المتقدمان في القرب من الشن كانا سواء لا ناضل فيهما ولا منضول ، فإن تقدم لأحدهما سهم والآخر سهمان وتساوت السهام الثلاثة في قربها من الشن ففيه وجهان .

أحدهما : أن المتقدم ناضل المتقدم بسهم لفضله في العدد . والثاني أنهما سواء لا ناضل فيهما ولا منضول ؛ لأن النضال الحوَاب موضوع على القرب دون زيادة العدد .

(ب) أن تكون سهام أحدهما أقرب إلى الشن من سهام الآخر ، فأقربهما إلى الشن هو الناضل ، وأبعدهما من الشن هو المنضول ؛ وهكذا لو تقدم لأحدهما سهم واحد فكان أقرب إلى الشن من جميع سهام الآخر أسقط به سهام صاحبه ولم يسقط به سهام نفسه ، وكان هو الناضل بسهمه الأقرب .

(ج) أن تكون سهام أحدهما في الهدف وسهام الآخر في الشن فيكون المصيب في الشن هو الناضل والمصيب في الهدف منضول .

وهكذا لو كان لأحدهما سهم واحد في الشن وجميع سهام الآخر خارج الشن كان المصيب في الشن هو الناضل بسهمه الواحد ، وقد أسقط به سهام صاحبه ولم يسقط به سهام نفسه ، وإن كانت أبعد إلى الشن من سهام صاحبه

(د) أن تتكون سهامهما جميعاً صائبة في الشن ، وليكن سهام أحدهما أو بعضهما في الدارة وسهام الآخر خارج الدارة وإن كان جميعاً في الشن فقيه وجمهان .
 (أحدهما) وقد حكاه الشافعي عن بعض الرماة أن المصيب في الدارة ناضل والمصيب خارج الدارة منضول قطب الإصابة .
 (والوجه الثاني) وإليه أشار الشافعي في اختياره أنهما سواء وليس منهما ناضل ولا منضول ، لأن جميع الشن محل الإصابة .
 وأما الحال الثالثة : وهو أن يستوفي أحدهما إصابة الخمس ويقصر الآخر عنها فهذا على ضربين . أحدهما : أن يكون مستوفي الإصابة أقرب سهاماً إلى الشن أو مساوياً صاحبه ، فيكون ناضلاً والمقصر منضولاً . والثاني : أن يكون المقصر في الإصابة أقرب سهاماً من المستوفي لها ، فليس فيهما ناضل ولا منضول ، لأن المستوفي قد سقطت سهامه بعدها ، والمقصر قد سقطت سهامه بنقصانها ؛ والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان النضال بين حزبين جاز . وحكى عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال : لا يجوز لأنه يأخذ كل واحد منهم بفعل غيره ، والمذهب الأول لما رويناه في أول الكتاب من حديث سلمة بن الأكوع ، وينصب كل واحد من الحزبين زعيماً يتوكل لهم في العقد ، ولا يجوز أن يكون زعيم الحزبين واحداً ، كما لا يجوز أن يكون وكيل المشتري والبائع واحداً ، ولا يجوز إلا على حزبين متساويي العدد لأن القصد معرفة الحظ ، فإذا تفاضلا في العدد فضل أحدهما الآخر بكثرة العدد لا بالحظ وجودة الرمي ، ويجب أن يتعين الرماة كما قلنا في نضال الاثنين ، ولا يجوز أن يتعينوا إلا بالاختيار ، فإن اقترح الزعيهان على أن من خرجت عليه قرعة أحدهما كان معه لم يجز ، لأنه ربما أخرجت القرعة الحظاق لأحد الحزبين والضعفاء للحزب الآخر ، فإن عدل بين الحزبين في القوة والضعف بالاختيار ، ثم اقترح الزعيهان على أن من خرجت قرعته على أحد الحزبين كان معه لم يجز ، لأنه عقد معاوضة فلم يجز تعيين المعقود عليه فيه بالقرعة كالبيع .

ويجب أن يكون على عدد من الرشق معلوم ، فإن كان عدد كل حزب ثلاثة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ثلث صحيح كالثلاث والستين ، وإن كانوا أربعة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ربع صحيح كالأربعين والثمانين ، لأنه إذا لم يفعل ذلك بقي سهم ولا يمكن اشتراك جماعة في سهم واحد ، فإن خرج في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي بطل العقد فيه ، لأنه ليس بمحل في العقد وسقط من الحزب الآخر بإزائه واحد ، كما إذا بطل البيع في أحد العبدین سقط ما في مقابله من الثمن وهل يبطل العقد في الباقي من الحزبين ؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفة .

فإن قلنا : لا يبطل في الباقي ثبت للحزبين الخيار في فسخ العقد ، لأن الصفة تبعدت عليهم بغير اختيارهم ، فإن اختاروا البقاء على العقد وتنازعوا فيمن يخرج في مقابله من الحزب الآخر فسخ العقد ، لأنه تعذر إمضاؤه على مقتضاه ففسخ . ومن أصحابنا من قال : يبطل في الجميع قولاً واحداً ، لأن من في مقابله من الحزب الآخر لا يتعين ، ولا سبيل إلى تعيينه بالقرعة ، فبطل في الجميع . فإن فضل أحد الحزبين الآخر ففي قسمة المال بين الناضلين وجمان .

أحدهما : تقسم بينهم بالسوية كما يجب على المنضولين بينهم بالسوية ، فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب استحق .

والثاني : تقسم بينهم على قدر إصاباتهم لأنهم استحقوا بالإصابة فختلف باختلاف الإصابة ، ويخالف ما لزم المنضولين ، فإن ذلك وجب بالالزام والاستحقاق بالرمي ، فاعتبر بقدر الإصابة ، فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب لم يستحق شيئاً ، وبالله التوفيق .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعي رضي الله عنه : إذا اقتسموا ثلاثة وثلاثة فلا يجوز أن يقرعوا وليقسموا قسماً معروفاً . قلت : إذا صح هذا فالنضال ضربان : أفراد وأحزاب ، فأما نضال الأفراد فقد مضى في فصول الكتاب . وأما نضال الأحزاب فهو أن يناضل حزبان يدخل في كل واحد منهما جماعة يتقدم عليهم أحدهم فيمقد النضال على جميعهم فهذا يصح على شروطه ، وهو منصوص المحافى وعليه جماعة أصحابه وجمهورهم .

وحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه لا يصح لأن كل واحد يأخذ بفعل غيره وهذا فاسد لأنهم إذا اشتركوا صار فعل جميعهم واحداً فاشتركوا في موجب لا اشتراكهم في فعله مع ورود السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم برواية أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بقوم يرمون فقال : ارموا وأنا مع بنى الاذرع : فأمسك القوم قسيهم وقالوا : يا رسول الله من كنت معه غلب ، فقال : ارموا وأنا معكم كمايكم فدل على أنهم كانوا حزبين مشتركين ولان مقصود النضال التحريض على الاستعداد للحرب والجهاد ، وهو بالأحزاب والمجموعات أشد تحريضاً وأكثر اجتهداً ، وأدعى إلى التنسيق بين أفراد الجماعة وربطهم بالنظام والقيادة ، وتلك لعمر الله أعظم أسباب النصر في الجهاد .

فاذا ثبت جوازه في الحزبين بجوازه بين الاثنين فلصحته خمسة شروط :

(أحدها) أن يتساوى عدد الحزبين ، ولا يفضل أحدهما على الآخر فيكونوا ثلاثة وثلاثة ، أو خمسة وخمسة أو أقل أو أكثر ، فان فضل أحدهما على الآخر برجل بطل العقد لأن مقصوده معرفة أحذق الحزبين ، فاذا تفاضلا تغالبوا بكثرة العدد لا بحذق الرمي .

(الثانى) أن يكون العقد عليهم باذنتهم ، فان لم ياذنوا فيه لم يصح ، لانه عقد معاوضه متردد بين الاجارة والجمالة ، وكل واحد منهما لا يصح إلا باذن واختيار فان عقد عليهم من لم يستأذنتهم بطل (والثالث) أن يعينوا على متولى العقد منهم فيكون فيه متقدما عليهم وزائياً عنهم ، فان لم يعينوا واحداً منهم لم يصح العقد عليهم لانه توكيل فلم يصح إلا بالتعيين ، ويختار أن يكون زعيم كل حزب أحذقهم وأطوعهم ، لان صفة الزعيم في العرف أن يكون متقدماً في الصناعة ، مطاعاً في الجماعة ، فان تقدموه في الرمي وأطاعوه في الاتباع جاز ، وان تقدمهم في الرمي ولم يطيعوه في الاتباع لم يجز ، لان أهم خصائص الزعيم أن يكون مطاعاً ، فاذا أمر ولم يتبعه أحد فلا يجوز العقد عليه .

(والرابع) أن يكون زعيم كل واحد من الحزبين غير زعيم الحزب الآخر

لتصح نيابته عنهم في العقد عليهم مع الحزب الآخر ، فان كان زعيم الحزبين واحداً لم يصح كما لا يصح أن يكون الوكيل في العقد بائعاً ومشترياً .

والشرط الخامس وهو مسألة الكتاب أن يتعين رماة كل حزب منهما قبل العقد باتفاق ومراضاة ، فان عقده الزعيمان عليهم ليقترعوا على من يكون في كل حزب لم يصح ، مثال ذلك : أن يكون الحزبان ثلاثة وثلاثة ، فيقول الزعيمان نفرع عليهم فمن خرجت قرعتي عليه كان معي ، ومن خرجت قرعتك عليه كان معك ؛ فهذا لا يصح لامرين .

أحدهما : أنهم أصل في عقد فلم يصح عقده على الفرعة كابتيع أحد العيينين بالفرعة والثاني : أنه ربما أخرجت الفرعة حذاقهم لأحد الحزبين ، وضعفاءهم للحزب الآخر ، فخرج عن مقصود التحريض في التناضل ، فان عدلوا بين الحزبين في الحذاق والضعف قبل العقد على أن يقترع الزعيمان على كل واحد من الحزبين بعد العقد لم يصح التعليل الأول من كونهم في العقد أصلاً دون التعليل الثاني من اجتماع الحذاق في أحد الحزبين ، لأنهم قد رفعوه بالتعديل ، فاذا ثبت تعيينهم قبل العقد بغير فرعة تعينوا فيه بأحد أمرين ، إما بالاشارة إليهم إذا حضروا ، وإن لم يهرؤا ، وإما بأسمائهم إذا عرفوا ، فان تنازعوا عند الاختيار قبل العقد فعدلوا إلى الفرعة في التقدم بالاختيار جاز لأنها قرعه في الاختيار وليست بقرعه في العقد ، فاذا قرع أحد الزعيمين اختار من الستة واحداً ثم اختار الزعيم الثاني واحداً ؛ ثم دعا الزعيم الأول فاختر ثانياً واختار الزعيم الثاني ثانياً ، ثم عاد الأول فاختر ثالثاً ، وأخذ الآخر الثالث الباقي . ولم يجوز أن يختار الأول الثلاثة في حال واحدة لأنه لا يختار إلا الاحداق ، فيجتمع الحذاق في حزب والضعفاء في حزب فبعدم مقصود التناضل من التحريض .

(فرع) فاذا تكاملت الشروط الخمسة في عقد التناضل بين الحزبين لم يخل حالهم في مال السبق من ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يخرجها أحد الحزبين دون الآخر ، فهذا يصح سواء انفرد زعيم الحزب باخراجه أو اشتركوا فيه ، ويكون الحزب المخرج للسبق معطياً إن كان

منضولا وغير آخذ إن كان ناضلا ، ويكون الحزب الآخر آخذاً إن كان ناضلا وغير معط إن كان منضولا ، وهذا يغني عن المحلل لأنه محلل .

والقسم الثاني : أن يكون الحزبان مخرجين ، ويختص بإخراج المال زعيم الحزبين فهذا يصح ويغني عن محلل ، لأن مدخل المحلل ليأخذ ولا يعطى ، ورجال كل حزب يأخذون ولا يعطون ، فإذا نضل أحد الحزبين أخذ زعيمهم مال نفسه ، وقسم مال الحزب المنضول بين أصحابه ، فإن كان الزعيم راميا معهم شاركهم في مال السبق ، وإن لم يرم معهم فلا حق له فيه ، لأنه لا يجوز أن يملك مال النضال من لم يناضل ، وصار معهم كالأمين والشاهد : فإن رضخوا له بشيء منه عن طيب أنفسهم جاز وكان تطوعا ، فإن شرط عليهم أن يأخذ معهم بطل الشرط ولم يبطل به العقد لأنه ليس بينه وبين أصحابه عقد يبطل بفساد شرطه ، وإنما العقد بين الحزبين وليس لهذا الشرط تأثير فيه .

والقسم الثالث : أن يخرج المال ويشارك أهل كل حزب في إخراجهم ، فهذا لا يصح حتى يدخل بين الحزبين حزب ثالث يكون محلا يكافئ كل حزب في العدد والرمي يأخذ ولا يعطى كما يعتبر في إخراج المتناضلين المال أن يدخل بينهما محلل ثالث يأخذ ولا يعطى .

فإذا انعقد النضال بين الحزبين على ما وصفنا اشتمل الكلام بعد تمامه بالمال المسمى فيه على ثلاث مسائل .

(أحداها) في حكم المال المخرج في كل حزب ، ولهم فيه حالتان . أحدهما : أن لا يسموا قسط كل واحد من جماعتهم فبشتركوا في التزامه بالسوية على أعدادهم من غير تفاضل فيه لاستوائهم في التزامه ، فإن كان زعيمهم راميا معهم دخل في التزامه كأحدهم كما يدخل في الأخذ معهم ، فإن لم يكن راميا لم يلتزم معهم كما لا يأخذ معهم .

والثانية : أن يسموا قسط كل واحد منهم في التزام مال السبق فهو على طرفين أن يتساوى في التسمية فيصح ، لأنه موافق لحكم الإطلاق . والضرب الثاني : أن يتفاضلوا فيه ، ففي جوازه وجهان (أحدهما) لا يجوز لتساويهم في العقد فوجب أن يتساووا في الالتزام .

(والثاني) يجوز لانه عن اتفاق لم يتضمنه فيها بينهم عقد فاعتبر فيه التراضي فان شرطوا أن يكون المال بينهم مقسماً على صواب كل واحد منهم وخطئه لم يجوز لانه على شرط مستقبل مجهول غير معلوم فيبطل ولا يؤثر بطلانه في العقد لانه ليس فيها بينهم عقد وكانوا متساوين فيه .

المقالة الثانية في حكم نضالهما وفيما يحسب به من الصواب والخطأ ، والمعتبر فيه أن يكون عدد الرشق ثلاثين أو ستين أو تسعين أو عدداً يكون له ثلث صحيح ، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق خمسين ولا سبعين ولا مائة ، لانه ليس له ثلث صحيح .

وان كان عدد الحزب أربعة كان عدد الرشق أربعين أو ماله ربع صحيح ، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق ما ليس له ربع صحيح ، وهكذا ان كان عدد الحزب خمسة وجب أن يكون عدد الرشق ماله خمس صحيح لانه اذا لم ينقسم عدد الرشق على عدد الحزب الا بكسر يدخل عليهم لم يصح التزامهم له لأن اشتراكهم في رمي السهم لا يصح ، فأما عدد الإصابة المشروطة فيجوز أن لا ينقسم على عدد رمي لان الاعتبار فيها باصابتهم لا باشتراكهم ، فإذا استقر هذا بينهم لزعم كل حزب باصابات كل واحد من أصحابه واحتسب عليه خطأ كل واحد منهم سواء تساوى رجال الحزب في الإصابة وهو نادر أو تفاضلوا فيها وهو الغالب ، فإذا جمعت الاصابتان والمشروط فيها إصابة خمسين من مائة لم يخل بمجموع الاصابتين من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يكون المجموع من إصابة كل حزب خمسين فصاعداً ، فليس فيهما منضول ، وان تفاضلا في النقصان من الخمسين .

والحال الثانية : أن مجموع إصابة كل منهما أقل من خمسين ، فليس فيهما منضول لتساويهما في النقصان .

والحال الثالثة : أن يكون مجموع إصابة أحدهما خمسين فصاعداً ، ومجموع إصابة الآخر أقل من خمسين فستكمل الخمسين هو الناضل ، وان كان أحدهم في

الإصابة مقللاً فالمقصود عن الحسين هو المنضول ، وإن كان أحدهم في الإصابة
مكثراً فيصير مقللاً الإصابة أخذاً ومكثراً مهبطاً ، لأن حزب المقلل ناضل
وحزب المكثر منضول .

المسألة الثالثة في حكم المال إذا استحقه الحزب الناضل . فيقسم بين جميعهم
وفي قسمته بينهم وجهان :

(أحدهما) أنه مقسوم بينهم بالسوية مع تفاضلهم في الإصابة لا اشتراكهم في
العقد الذي أوجب تساويهم فيه .

والوجه الثاني : أنه يقسم بينهم على قدر إصاباتهم لأنهم بالإصابة قد استحقوه
فلا يكافيء مقلل الإصابة مكثراً . وخالف التزام المنضولين حيث تساوا فيه مع
اختلافهم في الخطأ ، لأن الالتزام قبل الرمي فلم يعتبر بالخطأ والاستحقاق بعد
الرمي ، فصار معتبراً بالصواب .

فعلى هذا لو أخطأ واحد من أهل الحزب الناضل في جميع سهامه ففي خروجه
من الاستحقاق وجهان :

(أحدهما) يستحق معهم وإن لم يصب إذا قيل بالوجه الأول : أنه مقسوم
بينهم بالسوية لا على قدر الإصابة .

والوجه الثاني أنه يخرج بالخطأ من الاستحقاق ويقسم بين من عداه إذا قيل
بالوجه الثاني إنه مقسوم بينهم على قدر الإصابة ويقابل هذا أن يكون في الحزب
المنضول من أصاب بجميع سهامه . ففي خروجه من التزام المال وجهان .

(أحدهما) يخرج من التزامه إذا قيل بخروج المخطيء من استحقاقه
والوجه الثاني : لا يخرج من الالتزام ويكون فيه أسوة من أخطأ إذا قيل
بدخول المخطيء في الاستحقاق ، وأنه فيه أسوة من أصاب . والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(باب بيان الاصابة والخطأ في الرمي)

إذا عقد على إصابة الغرض فأصاب الشن أو الجريد الذي يشد فيه الشن ، أو العرى وهو السير الذي يشد به الشن على الجريد ، حسب له . لأن ذلك كله من الغرض ، وإن أصاب العلاقة ففيه قولان (أحدهما) يحسب له ، لأنه من جملة الغرض ، ألا ترى أنه إذا مـد امتد معه فأشبهه العرى (والثاني) لا يحسب لأن العلاقة ما يعلق به الغرض . فأما الغرض فهو الشن وما يحيط به ، وإن شرط إصابة الخاصرة وهو الجنب من اليمين واليسار فأصاب غيرهما لم يحسب له . لأنه لم يصب الخاصرة .

وإن شرط إصابة الشن فأصاب العروة - وهو السير أو العلاقة - لم يحسب لأن ذلك كله غير الشن ، فإن أصاب سهماً في الغرض - فإن كان السهم متعلقاً بنصله وباقيه خارج الغرض - لم يحسب له ولا عليه ، لأن بينه وبين الغرض طول السهم ؛ ولا بدري لو لم يكن هذا السهم هل كان يصيب الغرض أم لا يصيب ؟ وإن كان السهم قد غرق في الغرض إلى فوقه حسب له ، لأن العقد على إصابة الغرض ، ومعلوم أنه لو لم يكن هذا لكان يصيب الغرض . فإن خرج السهم من القوس فهبت ريح فنقلت الغرض إلى موضع آخر فأصاب السهم موضعه حسب له وإن أصاب الغرض في الموضع الذي انتقل إليه حسب عليه في الخطأ لأنه أخطأ في الرمي ، وإنما أصاب بفعل الريح لا بفعله .

وإن رمى وفي الجو ريح ضعيفة فأرسل السهم مفارقاً للغرض وأمال يده ليصيب مع الريح فأصاب الغرض ، أو كانت الريح خلفه فنزع نزحاً قريباً ليصيب مع معاونة الريح فأصاب حسب له . لأنه أصاب بفراسته وحذقه ، وإن أخطأ حسب عليه ، لأنه أخطأ بسوء رميه ، ولأنه لو أصاب مع الريح لحسب له ؛ فإذا أخطأ معها حسب عليه .

وإن كانت الريح قوية لا حيلة له فيها لم يحسب له إذا أصاب ، لأنه لم يصب بحسن رميه ، ولا يحسب عليه إذا أخطأ لأنه لم يخطئ بسوء رميه . وإنما أخطأ

بالرمي في غير وقته ، وإن رمى من غير ريح فثارت ريح بعد خروج السهم من القوس فأخطأ لم يحسب عليه ، لأنه لم يخطئ بسوء رميه ، وإنما أخطأ بعارض الريح . وإن أصاب فقد قال بعض أصحابنا : فيه وجهان بناء على القولين في إصابة السهم المزدلف ، وعندى أنه لا يحسب له قولا واحداً لأن المزدلف إنما أصاب الغرض بحدة رميه ومع الريح لا يعلم أنه أصاب برميه ، وإن رمى سهماً فأصاب الغرض بفوقه لم يحسب له لأن ذلك من أسوأ الرمي وأردفه

(فصل) وإن انكسر القوس أو انقطع الوتر ، أو أصابت يده ريح فرمى وأصاب حسب له ، لأن إصابته مع اختلال الآلة أدل على حذقه ، فإن أخطأ لم يحسب عليه في الخطأ لأنه لم يخطئ بسوء رميه وإنما أخطأ بعارض . وإن أغرق السهم فخرج من الجانب الآخر نظرت ، فإن أصاب حسب له لأن إصابته مع الاغراق أدل على حذقه ، وإن أخطأ لم يحسب عليه . ومن أصحابنا من قال : يحسب عليه في الخطأ لأنه أخطأ في مد القوس ، والمنصوص هو الأول ، لأن الاغراق ليس من سوء الرمي ، وإنما هو لما في قبل الرمي فهو كانهقطاع الوتر وانكسار القوس ، وإن انكسر السهم بعد خروجه من القوس وسقط دون الغرض لم يحسب عليه في الخطأ لأنه إنما لم يصب لفساد الآلة لا لسوء الرمي ، وإن أصاب بما فيه النصل حسب له لأن إصابته مع فساد الآلة أدل على حذقه ؛ وإن أصابه بالموضع الآخر لم يحسب له لأنه لم يصب ، ولم يحسب عليه لأن خطأه لفساد الآلة لا لسوء الرمي .

(فصل) وإن عرض دون الغرض عارض من إنسان أو بهيمة نظرت فإن رد السهم ولم يصل لم يحسب عليه لأنه لم يصل للعارض لا لسوء الرمي وإن نفذ السهم وأصاب حسب له ، لأن إصابته مع العارض أدل على حذقه . وحكى أن الكسعي كان رامياً فخرج ذات ليلة فرأى ظبياً فرمى فأنفذه وخرج السهم فأصاب حجراً وقدح فيه ناراً فرأى ضوء النار فظن أنه أخطأ فاكسر القوس وقطع إبهامه ، فلما أصبح رأى الظبي صريعاً قد نفذ فيه سهمه فندم فضربت به العرب مثلاً وقال الشاعر :

ندمت ندامة الكسعي لما رأت عيناه ما صنعت بداه

وان رمى فعارضه عارض فعثر به السهم وجاوز الغرض ولم يصب فقيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي اسحاق انه يحسب عليه في الخطأ ، لأنه أخطأ بسوء الرمي لا للمعارض ، لأنه لو كان للمعارض تأثير لوقع سهمه دون الغرض ، فلما جاوزه ولم يصب دل على أنه أخطأ بسوء رميه فحسب عليه في الخطأ ، (والثاني) أنه لا يحسب عليه لأن المعارض قد يشوش الرمي فيقه من الغرض وقد يجاوزه . وان رمى السهم فأصاب الأرض وأردف فأصاب الغرض فقيه قولان (أحدهما) يحسب لأنه أصاب الغرض بالنزعة التي أرسلها وما عرض دونها من الأرض لا يمنع الاحتساب كما لو عرض دونه شيء فمتى وأصاب الغرض (والثاني) لا يحسب له ، لأن السهم خرج عن الرمي الى غير الغرض وإنما أعانته الأرض حتى أردف عنها الى الغرض فلم يحسب له ، وان أردف ولم يصب الغرض فقيه وجهان (أحدهما) يحسب عليه في الخطأ لأنه إنما أردف بسوء رميه لأن الحاذق لا يزدلف سهمه (والثاني) لا يحسب عليه لأن الأرض تشوش السهم وتزيله عن سننه فاذا أخطأ لم يكن من سوء رميه

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو أغرق أحدهما فأخرج السهم من يده ولم يبلغ الغرض كان له أن يعود من قبل المعارض

فأما اغراق السهم فهو أن يزيد في مد القوس لفضل قوته حتى يستغرق السهم فيخرج من جانب الوتر المجهود الى جانب الآخر ، فان من أجناس القسي والسهام ما يكون مخرج السهم منها عن يمين الرامي جارياً على إبهامه فيكون اغراقه أن يخرج السهم باستيفاء المد الى يساره جارياً على سبافته ، فيكون اغراقه أن يخرج السهم باستيفاء المد الى يساره جارياً على سبافته ، ومنها ما يكون مخرجه على يسار الرامي جارياً على سبافته فيكون اغراقه أن يخرج على يمينه جارياً على إبهامه ، فاذا أغرق السهم قال الشافعي : لم يكن اغراقه من سوء الرمي وإنما هو لمعارض فلا يحسب عليه ان أخطأ به ؛ وفيه عندي نظر ، لأنه اذا لم يمد القوس بحسب الحاجة حتى زاد فيه فأغرق أو نقص فقصر كان بسوء الرمي أشبه ، فاذا أخطأ بالسهم المغرق لم يحسب عليه على مذهب الشافعي ، وان أصاب به احتسب له لان الاصابة به مع المحلل أدل على حذق الرامي من الاصابة مع الاستقامة

وقال الله - افعل رضى الله عنه : ولو أرسله مفارقاً للشن فهبت ريح فصرقته
إليه ؛ أو مقصر فأمرعت به فأصاب حسب مصيباً ولا حكم للريح اه . إننا نعلم
أن للريح تأثيراً في تغيير مجرى السهم عن جهته ، وحذاق الرماة يعرفون مخرج
السهم عن القوس هل هو مصيب أو مخطئ . فإذا خرج السهم فغيرته الريح فهو
على ضربين .

(أحدهما) أن يخرج مفارقاً للشن فتعدل به الريح إلى الشن فيصيب أو يكون
مقصراً عن الهدف فتهبته الريح حتى أصاب فتعتبر حال الريح ، فإن كانت ضعيفة
كان محسوباً في الإصابة لأننا على يقين من تأثير الرمي وفي شك من تأثير الريح ،
وإن كانت الريح قوية نظر ، فإن كانت موجودة عند الإرسال كان محسوباً في
الإصابة لأنه قد اجتهد في التحرز من تأثير الريح وحسب حسابها بتحريف سهمه
فأصاب باجتهاده ورميه ، وإن حدثت الريح بعد إرسال السهم ففي الاحتساب به
وجهان تخريجاً من اختلاف قوليه في الاحتساب بإصابة المزدلف . أحدهما :
يحتسب به مصيباً إذا احتسبت إصابة المزدلف . والوجه الثاني : لا يحتسب مصيباً
ولا مخطئاً ، إذا لم يحتسب بإصابة المزدلف .

(والضرب الثاني) أن يخرج السهم موافقاً للهدف فتعدل به الريح حتى يخرج
عن الهدف فيعتبر حال الريح ، فإن كانت طارئة بعد خروج السهم عن القوس
ألقى السهم ولم يحتسب به في الخطأ ، لأن التحرز من حدوث الريح غير ممكن ،
فلم يذهب إلى سوء الرمي ، وإن كانت الريح موجودة عند خروج السهم نظر
فيها فإن كانت قوية لم يحتسب به في الخطأ لأنه أخطأ في اجتهاده الذي يتحرز به
من الريح ، ولم يخطئ في سوء الرمي .

وإن كانت الريح ضعيفة ففي الاحتساب به في الخطأ وجهان . أحدهما : يكون
خطأ لأننا على يقين من تأثير الرمي وفي شك من تأثير الريح . والثاني لا يكون
محسوباً في الخطأ لأن الريح تفسد صنيع المحسن . وإن قلت كما تفسده إذا كثرت
فإذا أزال الريح الشن عن موضعه إلى غيره لم يخل حال السهم بعد زوال الشن
من ثلاثة أحوال .

- ١ - أن يقع في غير الشن وفي غير موضعه الذي كان فيه فيحتسب به خطأ
- لأنه وقع في غير محل الإصابة قبل الريح وبعدها .
- ٢ - أن يقع في الموضع الذي كان فيه الشن في الهدف فيحتسب به مصيبا لوقوعه في محل الإصابة .
- ٣ - أن يقع في الشن بعد زواله عن موضعه ، فهذا على ضربين . أحدهما : أن يزول الشن عن موضعه بعد خروج السهم فتحسب به في الخطأ لوقوعه في غير محل الإصابة عند خروج السهم . والضرب الثاني : أن يخرج السهم بعد زوال الشن عن موضعه وعلم الرامي بزواله فينظر في الموضع الذي صار فيه ، فإن كان خارجا من الهدف لم يحتسب به مصيبا ولا خطأ لخروجه عن محل الصواب والخطأ ، وإن كان مماثلا لموضعه من الهدف احتسب به مصيبا ، لأنه قد صار محلا للإصابة ، والله تعالى أعلم .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وكذلك لو انقطع وتره أو انكسر قوسه فلم يبلغ الغرض ، أو عرض دونه دابة أو إنسان فأصابه أو عرض له في يده ما لا يمر السهم معه كان له أن يعود به .

قلت : إذا انقطع وتره أو انكسر قوسه فقصر وقع السهم وأخطأ لم يحتسب عليه ، لأنه لم يخطئ لسوء رميه ، ولكن انقص آتته ، ولو أصاب به كان محسوبا من إصابته لأنه أدل على حذقه ، وهكذا لو عرض دون الهدف عارض من بهيمة أو إنسان وقع السهم فيه ومنع من وصوله إلى الهدف لم يحتسب عليه وأعيد السهم إليه ؛ فإن خرق السهم الحائل ونفذ فيه حتى وصل إلى الهدف فأصاب كان محسوبا من إصابته لأنه بالإصابة مع هذا العارض أشد وأرهم ، ويسمى هذا السهم مارقا .

وقد كان الكسعي في العرب راميا وقصته كما ساقها المصنف على وجهها ، والكسعي هو محارب بن قيس من كسيعه ، وقيل : هو من بني محارب من قحطان واسمه عامر بن الحارث ، وقد قال عن نفسه أو قيل بلسان حاله فيما جرت عابه عادة القصاص من تسجيل الاختيار بالشعر على لسان أصحابها :

ندمت ندامة لو أن نفسي تطاوعني إذن لقطعت نحسي
تبين لي سفاه الرأي مني لعمر أبيك حين كسرت قوسي
وهكذا لو عرض للرامي علة في يده أو أخذته ربيع في يديه ضعف بهما عن
مد قوسه لم يحتسب عليه إن قصر أو أخطأ ، لأنه لمعارض يمنع وليس من سوء
رمي أو قلة حذق .

قال الشافعي رضي الله عنه : فأما إن جاز السهم وأجاز من وراء الناس فهذا
سوء رمي وليس بعارض غالب عليه فلا يرد إليه . يقال : جاز السهم إذا مر في
أحد جانبي الهدف ويسمى خاصر وجمعه خواصر ؛ لأنه في أحد الجانبين مأخوذ
من المحاصرة لأنها في جانبي الإنسان ، ويقال : أجاز السهم إذا وقع وراء
الهدف ، فإذا جاز السهم وسقط في جانب الهدف أو أجاز فوقه وراء الهدف كان
محسوباً من خطئه ، لأنه منسوب إلى سوء رميه ، وليس بمنسوب إلى عارض
في يديه أو إليه .

وقال أبو علي بن أبي هريرة : الجائز أن يقع في الهدف عن أحد جانبي الشن
فعلى هذا إن كانت الإصابة مشروطة في الشن كان الجائز مخطئاً ، وإن كانت مشروطة
في الهدف كان الجائز مصيباً ، ويجوز أن يشترط أن تكون إصابة سهمهما جائزة
فيحتسب بالجائز ولا يحتسب بغير الجائز .

قال الشافعي رضي الله عنه : ولو كان الشن منصوباً ففرق منه كان عندي
خاسقاً ، ومن الرماة من لا يحتسبه إذا لم يثبت فيه .

أما السهم المارق فهو أن ينفذ في الشن وهو منصوب فوق الهدف ويخرج منه
فيقع وراء الهدف فيحتسب به في القارع ، فأما الخاسق ففي الاحتساب به قولان
أحدهما : وهو منصوص الشافعي أنه يحتسب به خاسقاً اعتباراً بالمعنى وأنه زائد
على الخسق فيؤخذ فيه معنى الخسق . والقول الثاني حكاه الشافعي عن بعض الرماة
أنه لا يحتسب به خاسقاً اعتباراً بالاسم لأنه يسمى مارقاً ولا يسمى خاسقاً ، فن
أصحابنا من أثبت هذا القول للشافعي ، ومنهم من نفاه عنه ، لأنه أضاف إلى غيره
ولا يكون مخطئاً ، وإن لم يحتسب خاسقاً لا يختلف فيه أصحابنا .

وأما السهم المزدلف فهو أن يقع على الأرض ثم يزدلف منها بمحمولته وحدته فيصير في الهدف ، ففي الاحتساب به مصيبا قولان . أحدهما : يحتسب به مصيبا لأنه بحدة الرمي أصاب ، والقول الثاني : ليس بمصيب لخروجه من الرامي إلى غير الهدف ، وإنما أعادته الأرض حين ازدلف عنها في الهدف .

قال أبو إسحاق المروزي : ومن أصحابنا من لم يخرج المزدلف على قوانين ، وحمله على اختلاف حالين باعتبار حاله عند ملاقة الأرض ، فإن ضعفت حموته بعد ازدلافه ولانت كان محسوبا في الإصابة ، وإن قويت وصار بعد ازدلافه أحد لم يحتسب به مصيبا ، ويجوز أن يتناضلا على مروق السهم ولا يجوز أن يتناضلا على ازدلافه ، لأن مروق السهم من فعل الرامي ، وازدلافه من تأثير الأرض . فعلى هذا في الاحتساب به مخطئا إذا لم يحتسب به مصيبا وجمان . أحدهما : يكون مخطئا لأنه من سوء الرمي . والثاني : لا يكون مخطئا ما أصاب ويسقط الاعتداد به مصيبا ومخطئا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان العقد على إصابة موصوفة نظرت ، فإن كان على القرع فأصاب الغرض وخزق أو خسق أو مرق حسب له لأن الشرط هو الإصابة ؛ وقد حصل ذلك في هذه الأنواع .

(فصل) وان كان الشرط هو الخسق نظرت ، فإن أصاب الغرض وثبت فيه ثم سقط حسب له ، لأن الخسق هو أن يثبت وقد ثبت فلم يؤثر زواله بعد ذلك كما لو ثبت ثم نزع الإنسان ، فإن ثقب الموضع بحيث يصلح لثبوت السهم لكنه لم يثبت ففيه قولان .

(أحدهما) أنه يحسب له ، لأن الخسق أن يثقب بحيث يصلح لثبوت السهم وقد فعل ذلك ، ولعله لم يثبت لسعة الثقب أو لغلظ لقيه .

(والثاني) وهو الصحيح : أنه لا يحسب له لأن الأصل عدم الخسق ، وأنه لم يكن فيه من القوة ما يثبت فيه فلم يحسب له ، وإن كان الغرض ملصقا بالهدف فأصابه السهم ولم يثبت فيه ، فقال الرامي : قد خسق إلا أنه لم يثبت فيه لغلظ

لقيه من نواة أو حصاة . وقال رسيله : لم يخسق ، نظرت ، فإن لم يعلم موضع الإصابة من الغرض فالقول قول الرسيل ، لأن الأصل عدم الخسق ، وهل يخاف ؟ ينظر فيه فإن فتش الغرض فلم يكن فيه شيء يمنع من ثبوته لم يخاف ، لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن ، وإن كان هناك ما يمنع من ثبوته خلاف ، لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن .

وإن علم موضع الإصابة ولم يكن فيه ما يمنع من ثبوته فالقول قول الرسيل من غير يمين ، لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن ، وإن كان فيه ما يمنع الثبوت ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قول الرامي ، لأن المانع شهد له (والثاني) أن القول قول الرسيل لأن الأصل عدم الخسق ، والمانع لا يدل على أنه لو لم يكن ليكان خاسقاً ، ولعله لو لم يكن مانع لكان هذا منتهى رميته فلا يحكم له بالخسق بالشك ، وإن كان في الشئ خرق أو موضع بال فوق فيه السهم وثبت في الهدف نظرت ، فإن كان الموضع الذي ثبت فيه في صلابة الشئ اعتد به ، لأننا نعلم أنه لو كان الشئ صحيحاً لثبت فيه ، وإن كان دون الشئ في الصلابة كالتراب والطين الرطب لم يعتد له ولا عليه ، لأننا لا نعلم أنه لو كان صحيحاً هل كان يثبت فيه أم لا ؟ فيرد إليه السهم حتى يرميه .

وإن خرمه وثبت ففيه قولان (أحدهما) يعتد به لأن الخسق هو أن يثبت النصل وقد ثبت (والثاني) لا يعتد به لأن الخسق أن يثبت السهم في جميع الشئ ولم يوجد ذلك ، فإن مرق السهم فقد قال الشافعي رحمه الله : هو عندى خارق ومن الرماة من لا يحاسبه ، فن أصحابنا من قال : يحاسب له قولاً واحداً وما حكاه عن غيره ليس بقول له . لأن معنى الخسق قد وجد وزيادة ، ولأنه لو مرق والشرط القرع حسب فكذاك إذا مرق والشرط الخسق

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) يحاسب له لما ذكرناه (والثاني) لا يحاسب له لأن الخسق أن يثبت ، وما ثبت ، ولأن في الخسق زيادة حذق وصنعة من نزع القوس بمقدار الخسق ، والتعليل الأول أصح ، لأن هذا يبطل به إذا مرق والشرط القرع ، وإن أصاب الشئ ومارق وثبت في الهدف

ووجد على نصله قطعة من الشن والهدف دون الشن في الصلابة فقال الراى هذا
الجلد قطعه سهمى بقوته ، وقال الرسيل بل كان في الشن ثقبه وهذه الجلدة كانت
قد انقطعت من قبل فحصلت في السهم فالقول قول الرسيل لان الاصل
عدم الخسق .

(فصل) إذا مات أحد الراميين أو ذهبت يده بطل العقد ، لان المقصود
معرفة حذقه ؛ وقد فات ذلك فبطل العقد كما لو هلك المبيع ، وان رمدت عينه
أو مرض لم يبطل العقد لانه يمكن استيفاء المعقود عليه بعد زوال العذر ، وان
أراد أن يفسخ - فان قلنا انه كالجمالة كان حكمه حكم الفسخ من غير عذر ، وقد
بيناه في أول الكتاب ، وإن قلنا إنه كالأجارة جاز أن يفسخ ، لانه تأخر المعقود
عليه فملك الفسخ كما يملك في الاجارة ، وإن أراد أحدهما أن يؤخر الرمي للدعة
- فان قلنا انه كالأجارة - أجبر عليه كما أجبر في الاجارة ، وان قلنا انه كالجمالة
لم يجبر كما لا يجبر في الجمالة

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو تشارطا المصيب ، فن أصاب
الشن ولم يخرق حسب له لانه مصيب
قلت : فاذا تشارطا الاصابة احتسب كل مصيب من قارع وخارق وخاسق ،
لان جميعها مصيب . وهكذا لو تشارطا الاصابة قرعا احتسب بالقارع وبالمارق
وبالخاسق لانه زيادة على القرع . ولو تشارطا الخواصر احتسب بكل مصيب
لان اصابة الخواصر مشتمل على كل مصيب من قارع وخارق وخاسق . فأما
الخواصر فهو ما أصاب جانب الشن ؛ فان شرطاً في الرمي لم يحتسب الا به ،
وان لم يشترطه احتسب به مع كل مصيب في الشن اذا كانت الاصابة
مشروطة في الشن .

وقال الشافعى رضى الله عنه : ولو تشارطا الخواصر والشن ملصق بالهدف
فأصاب ثم رجع فزعم الرامى أنه خسق ثم رجع لغاظ لقيه من حصاة أو غيرها
وزعم المصاب عليه أنه لم يخسق ، وانما قرع ثم رجع فالقول قول مع يمينه الا
أن تقوم بينة فيؤخذ بها

واشترط الخسق إنما يكون في إصابة الشئ دون الهدف ، وقد ذكرنا أن الشئ وهو جلد ينصب في الهدف تمتد أطرافه بأوتار أو خيوط تشد في أوتاد منصوبة في الهدف المبني ، وربما كان ملاصقاً بجائط الهدف ، وربما كان بعيداً منه بنحو من شبر أو ذراع ، وهو أبعد ما ينصب ، وخسق الشئ إذا كان بعيداً من الهدف أوضح منه إذا كان ملاصقاً به .

فإذا رمى والشئ ملصق بالهدف فأصاب الشئ ثم سقط بالإصابة خسق فزعم الرامي أنها خسق ، ولقي غليظاً في الهدف من حصاة أو نواة فرجع وهو خاسق ، وزعم المرمى عليه أنه قرع فسقط ولم يخسق فلهما ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن يعلم صدق الرامي في قوله بغير يمين ، لأن الحال شاهدة بصدقه والحال الثانية : أن يعلم صدق المرمى عليه في إنكاره إما بأن لا يرى في الشئ خسقاً ، وإما بأن لا يرى في الهدف غليظاً ، فالقول قوله ولا يمين عليه ، لأن الحال شاهدة بصدقه

والحال الثالثة : أن يحتمل صدق المدعى وصدق المنكر لأن هل في الشئ خواسق أم لا ، فإن كانت بيينة حمل عليهما ، وإن عُدت البيينة فالقول قول المنكر مع يمينه ولا يحتسب به مصيباً ، وفي الاحتساب به مخطئاً وجهان : (أحدهما) يحتسب به في الخطأ إذا لم يحتسب به في الإصابة لوقوف الرامي بين ضواب وخطأ .

والوجه الثاني : لا يحتسب به في الإصابة ، لأن الإصابة لا يحتسب بها إلا مع اليقين ، وكذلك لا يحتسب بالخطأ إلا مع اليقين ، فإن نكل المنكر عن اليقين أحلف الرامي . فإذا حلف احتسب بإصابته

قال الشافعي رحمه الله : وإن كان الشئ بالياً فأصاب موضع الخسق فصار في الهدف فهو مصيب .

وهذا معتبر بالشئ والهدف ولهما ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون الهدف أشد من الشئ لأنه مبني قد قوى واشتد فإذا وصل السهم إليه من ثقب في الشئ

ثبت في الهدف الذي هو أقوى من الشن كان ثبوته في الشن الاضعف أجدر .
وهو الذي أراده الشافعي فيحسب به خاسفاً

والحال الثانية أن يكون الشن أقوى من الهدف وأشد لأنه جلد متين والهدف
تراب نائر أو طين لين فلا يحسب به مصيباً ولا مخطئاً ، أما الاصابة فليجوز
أن لا يخسق الشن . وأما الخطأ فليعدم ما خسقه مع بلى الشن

والحال الثالثة : أن يتساوى الشن والهدف في القوة والضعف فلا يحسب به
مخطئاً ، وفي الاحتساب به مصيباً وجهان :

(أحدهما) يحسب من اصابة الخسق لأن ثبوته في الهدف قائم مقام ثبوته
في الشن عند تساويهما .

والوجه الثاني : لا يحسب في اصابة الخسق ويحسب في اصابة القرع على
الاحوال كلها . وإن صادف السهم في ثقب في الغرض قد ثبت في الهدف مع
قطعة من الغرض ، فقال الرامي : خسقت ، وهذه الجلدة قطعها سمي لشدة الرمية
فأنكر صاحبه وقال : بل هي كانت مقطوعة ، فإن علم أن الغرض كان صحيحاً
حكم بقول الرميل لأن الاصل عدم الخسق . وقال أحمد وأصحابه القول قول
الرامي إذا كان الغرض صحيحاً .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : وإذا أراد المستبق أن يجلس ولا يرمى
والمستبق فضل أو لا فضل له ، فسواء قد يكون له الفضل فيفضل وعليه الفضل
فيُفضل . الى آخر ما قال .

قلت : إذا جلس أحد المتناضلين عن الرمي فله حالتان : أحدهما أن يرد به
تأخير الرمي عن وقته فلا يخلو أن يكون فيه مذكوراً أو غير مذكور ، فإن كان له
عذر وطلب التأخير آخر ولم يجبر على التعميل ، سواء قبل بلزومه كالاجارة أو
بجوازها كالجعالة ، لأنه ليس بأوكد من فرض الجمعة التي يجوز التأخير عنها بالعذر
وأعذاره في تأخير الرمي ما أثر في نفسه من مرض أو شدة حر أو برد أو أثر في
رميه من شدة ريح أو مطر أو أثر في أهله من موت أو حادث نزل أو أثر في ماله
من جائحة طرقت أو خوف طرا .

وإن لم يكن له في تأخير الرمي عذر : والتمس به الدعة إلى وقت آخر ففي إجباره على التعجيل قولان .

(أحدهما) يجبر عليه إذا قيل بلزومه كالإجارة .

(والثاني) لا يجبر على تعجيله إذا قيل بجوازه كالجمالة . أما الحال الثانية : كان يريد بالجلوس عن الرمي فسخ العقد فلا يخلو أن يكون معذوراً في الفسخ أو غير معذور ، فإن كان معذوراً في الفسخ وأعذار الفسخ أضيق وأغلظ من أعذار التأخير وهي ما اختصت نفسه من العيوب المانعة من صحة رميه وهي ضربان .

(أحدهما) ما لا يرجى زواله كشلل يده أو ذهاب بصره فالفسخ واقع بحدوث هذا المانع وليس يحتاج إلى فسخه بالقول .

(والضرب الثاني) ما يرجى زواله كمرض يده أو رمد عينيه أو علة جسده فلا يفسخ العقد بحدوث هذا المانع بخلاف الضرب الأول لا مكان الرمي بعد زواله ويكون الفسخ بالقول ، وذلك معتبر بحال صاحبه ، فإن طلب تعجيل الرمي فله الفسخ لعذر التعجيل عليه ، ويكون استحقاق هذا الفسخ مشتركاً بينه وبين صاحبه ، ولكل واحد منهما فسخ العقد به .

وان أجاب صاحبه إلى الانظار بالرمي إلى زوال المرض فهل يكون عذره في الفسخ باقياً ؟ أم لا ؟ على وجهين . أحدهما : يكون باقياً في استحقاق الفسخ لئلا تكون ذمته مرتبة بالعقد . والوجه الثاني : أن عذر الفسخ قد زال بالانظار ، وليس المنظر أن يرجع في هذا الانظار ، وإن جاز له أن يرجع في الانظار بالديون لأن ذلك عن عيب رضى به ، وجرى مجرى الانظار بالاعسار ، وإن لم يكن المطالب الفسخ عذراً في الفسخ ، فإن قيل بلزوم العقد كالأجارة لم يكن له الفسخ وأخذ به جبراً ، فإن امتنع منه حبس عليه كما يحبس بسائر الحقوق إذا امتنع منها فإن طال به الحبس وهو على امتناعه عزر حتى يجيب .

فإن قيل بجواز العقد كالجمالة فله الفسخ قبل الرمي وبعد الشروع فيه وقبل ظهور الغلبة ، فإن ظهرت الغلبة لأحدهما ، فإن كانت لمطالب الفسخ ، فله الفسخ وإن كانت لغيره ففي استحقاقه للفسخ قولان مضياً .

أحدهما : لا يستحقه بعد ظهورها لفويت الأغراض المقصودة بعد ظهورها
والقول الثاني - وهو الذي نص عليه الشافعي هاهنا - له الفسخ لما علل به من
أنه قد يكون له الفضل فينضل ، ويكون عليه الفضل فينضل .

(مسألة) إذا عرفت أن الرمي مما يلزم المسلمين حذقه والتمرس عليه لفهر
الأعداء وجهادهم لتكون كلمة الله هي العليا وكلمة الذين كفروا السفلى ، وعرفت
أن السهام والنبال من أسلحة النضال قد استحالت في أعصرنا إلى أسلحة نارية منها
ما يصيب بالنوجيه كرشاش بورسعيد واللانكستر والبرتما ، ومنها ما يصيب
بالسديد أو التصويب الدقيق كالبنديقة حكيم واللي أنفيلد والتوميجن ، ومنها
ما يعطى مخروطا ناريا باللمس الهين ويسمى آليا ، ومنها ما يعطى القذيفة بالضغط
بالإصبع ويسمى منفردا ، وقليل من حذاق الرماية الذين يستطيعون أن يجعلوا
الآلي منفردا ، وهو أمر يفتقر إلى قدرة على ضبط حركة الأصبع وسيطرة على
لس الزناد ، والفرق بين هذه الآلات والآلات السابقة لا يختلف في حكمه إلا
بمقدار ما يراعى من قوة الرمي وبعد ما ترميه الآلات الحديثة ومدى تأثيرها .
وقد سن النبي صلى الله عليه وسلم الأخذ بآلات غير المسلمين حين حاصر الطائف
بالمجانيق ، ووجه الصحابة رضوان الله عليهم إلى صناعتها وصناعة الضبور وهي
نوع من المدافع البدائية التي تطورت صناعتها حتى بلغت في عصرنا هذا الصاروخ
طائر القارات ، ويحتسب في الرماية بتلك القذائف دورة الأرض حول نفسها
ودورتها السنوية وقانون الجاذبية وهي تحتاج إلى معادلات رياضية وحساب دقيق
لنصل إلى أهدافها في قلاع الأعداء فتدمرها تدميرا .

وقد أخرج الشيخان والحاكم وصححه والشافعي وأحمد والنسائي وابن حبان
عن عبد الله بن مغفل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الخذف وقال
إنها لا تصيد صيدا ولا تنكأ عدوا ولكنها تكسر السن وتفقأ العين .

فقد وجهنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ما فيه الأثر الأقوى والإغلاظ
البالغ والسلاح الحامم لارهاب العدو . فإذا ثبت هذا فإن الرماية بالبنديقة وغيرها
من المستحدثات من فروع الكفايات التي تتأصل بها عزة الأمة وتحمي بها حوزتها

وتعلم ما رايتهما وعلى ولي الامر أن يحرض من وهب من قوة البنية وخفة الحركة
وحدة البصر ونور الايمان من ينهض به ويتوفر عليه حتى لا تكون فتنة ويكون
الدين كله لله ، والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب احياء الموات

يسمى احياء الموات لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : من أحيى أرضاً ميتة فله فيها أجر ، وما أكله العواقي منها فهو له صدقة ،
وتملك به الأرض لما روى سعيد بن زيد رضى الله عنه أن رسول الله (ص)
قال : من أحيى أرضاً ميتة فهي له ، ويجوز ذلك من غير إذن الامام للخبر ، ولأنه
تملك مباح فلم يفتقر الى إذن الامام كالأصطبياد .

(فصل) وأما الموات الذي جرى عليه الملك وباد أهله ولم يعرف مالكه
ففيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أنه يملك بالاحياء لما روى طاوس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
: عادى الأرض لله ورسوله ، ثم هي لكم بعد ، ولأنه ان كان في دار الاسلام
فهو كاللفظه التي لا يعرف مالكها ، وان كان في دار الحرب فهو كالركاز .

(والثاني) لا يملك لأنه ان كان في دار الاسلام فهو لمسلم أو لدمي أو لبيت
المال ، فلا يجوز احياءه ، وان كان في دار الحرب جاز أن يكون لكافر لا يحمل
ماله أو لكافر لم تبلغه الدعوة ، فلا يحمل ماله ، ولا يجوز تملكه .

(والثالث) أنه ان كان في دار الاسلام لم يملك ، وان كان في دار الحرب
ملك ، لأن ما كان في دار الاسلام فهو في الظاهر لمن له حرمة ، وما كان في
دار الحرب فهو في الظاهر لمن لا حرمة له ؛ ولهذا ما يوجد في دار الحرب بخمس
وما يوجد في دار الاسلام يجب تعريضه ، وان قاتل الكفار عن أرض ولم يحبواها
ثم ظهر المسلمون عليها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز أن تملك بالاحياء ، بل هي

غنيمة بين الغائمين ، لأنهم لما منعوا عنها صاروا فيها كالمنحجرين ، فلم تملك بالاحياء (والثاني) أنه يجوز أن تملك بالاحياء لأنهم لم يحدثوا فيها عمارة لجاز أن تملك بالاحياء كسائر الموات .

(فصل) وما يحتاج اليه لمصلحة العامر من المرافق كحريم البئر وفناء الدار والطريق ومسيل الماء لا يجوز إحياءه لأنه تابع للعامر فلا يملك بالاحياء ولأننا لو جوزنا إحياءها أبطلنا الملك في العامر على أهله وكذلك ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق لا يجوز تملكه بالاحياء لأن الشرع قد ورد بإحياء الموات وهذا من جهة العامر ولأننا لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس في أملاكهم وطرقهم وهذا لا يجوز .

(فصل) ويجوز إحياء كل من يملك المال لأنه فعل يملك به لجاز من كل من يملك المال كالاصطياد ولا يجوز للكافر أن يملك بالاحياء في دار الإسلام ولا للإمام أن يأذن له في ذلك ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني » ، لجمع الموتان وجعلها للمسلمين ، فانتفى أن يكون لغيرهم ، ولأن موات الدار من حقوق الدار والدار للمسلمين ، فكان الموات لهم كمرافق المملوك لا يجوز لغير المالك إحياءه ، ولا يجوز للمسلم أن يحيي الموات في بلد صولح الكفار على المقام فيه ، لأن الموات تابع للبلد ، فإذا لم يحجز تملك البلد عليهم لم يحجز تملك مواته .

(الشرح) حديث جابر رواه أحمد والترمذي وصححه بلفظ : « من أحيى أرضاً فهي له » ، وفي لفظ عند أحمد وأبي داود : « من أحاط حائطاً على أرض فهي له » ، ولاحمد وأبي داود والطبراني والبيهقي وصححه ابن الجارود من رواية سمرة بن جندب رواه عنه الحسن وفي سماع الحسن من سمرة خلاف معروف بين المحدثين تكامنا عاينه في غير ما موضع ، وأخرجه النسائي وابن حبان بنحوه .

أما حديث سعيد بن زيد فقد رواه أحمد وأبو داود والترمذي بلفظ : « من أحيى أرضاً ميتة فهي له » ، وليس لمرق ظالم حق ، وأخرجه أيضاً النسائي ، وحسنه

الزمذى وأعله بالارسال ورجع الدارقطنى إرساله وقد مضى الاختلاف فى الصحابي الذى رواه غير سعيد بن زيد .

أما سعيد بن زيد فهو أحد العشرة المبشرين بالجنة ، كنيته أبو الأعور ، وهو قرشى عدوى من السابقين الأولين البدرين ، ممن رضى الله عنهم ورضوا عنه ، شهد المشاهد كلها ، وشهد حصار دمشق وفتحها ، وأول من ولى على دمشق فى الاسلام ؛ له حديثان فى الصحيحين ، وانفرد البخارى له بحديث ، روى عنه ابن عمر وأبو الطفيل وعمرو بن حريث وعروة وأبو سعدة بن عبد الرحمن ، وعبد الله بن ظالم وطائفة . وأبوه زيد بن عمرو بن نفيل ، مات قبل الاسلام على النجاة ، لأنه خرج يطلب الدين القيم حتى مات . وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يبعث أمة وحده يوم القيامة . وهو ابن عم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب وقال ابن عبد البر : هذا الحديث مسنده صحيح متلقى بالقبول عند الفقهاء فى المدينة وغيرها .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : بلاد المسلمين شيتان : عامر وموات ، فالعامر لأهله كل ما صلح به العامر إن كان مرفقا لأهله من طريق وفناء ومسيل ماء أو غيره فهو كالعامر فى أن لا يملك على أهله إلا بإذنهم . اهـ والموات هو الارض الخراب الدارسة تسمى ميتة ومواتاً ومواتنا بفتح الواو والموتان بضم الميم وسكون الواو الموت الذريع ، ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو لا بصيرة له ولا فهم .

إذا عرف هذا فإن الموات شيتان : موات قد كان عامراً لأهله معروفاً فى الاسلام ثم ذهبت عمارته فصار مواتاً ، فذلك كالعامر لأهله لا يملك عليهم إلا بإذنهم (والثانى) ما لم يملكه أحد من أهل الاسلام يعرف ولا همارة فى الجاهلية أو لم يملك ، فذلك الموات الذى قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أحيأ مواتاً فهو له ،

وروى وهب بن كيسان عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أحيأ أرضاً ميتة فهي له وله فيه أجر وما أكلت العوافى منها فهو له صدقة ، والعوافى جمع عاف وهو طالب الفضل .

وَقَدْ رَوَى أَحْمَدُ وَابْنُ خَالٍ عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : مَنْ عَمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ، وَعَنْ أَسْمَرَ بْنِ مَضْرَسٍ قَالَ : أَتَيْتُ النَّبِيَّ (ص) فَبَايَعْتَهُ فَقَالَ : مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ لَهُ . قَالَ فَخَرَجَ النَّاسُ يَتَعَادَوْنَ وَيَتَخَاطَبُونَ ، أَيْ يَتَسَابِقُونَ عَدُوًّا يَخْطِئُونَ فِي الْأَرْضِ تَمْهِيدًا لِتَعْمِيرِهَا ،

وَرَوَى ابْنُ أَبِي مَالِيكٍ عَنْ عُرْوَةَ قَالَ : أَشْهَدُ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى أَنَّ الْأَرْضَ أَرْضُ اللَّهِ وَالْعِبَادُ عِبَادُ اللَّهِ ، وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . جَاءَنَا بِهَذَا عَنْ النَّبِيِّ (ص) الَّذِينَ جَاءُوا بِالصَّلَوَاتِ عَنْهُ ، وَالْحَدِيثُ بِهَذِهِ الْمَثَابَةِ لَا يَكُونُ مَرْسَلًا عَلَى الْقَوْلِ الصَّحِيحِ بِنَاءً عَلَى الْأَصْلِ فِي أَنَّ الصَّحَابَةَ كُلَّهُمْ عَدُولٌ ، فَإِذَا قَالَ التَّابِعِيُّ الثَّقَةُ أَشْهَدُ أَنَّهُ جَاءَنِي عَنْ النَّبِيِّ (ص) بِهِ الَّذِينَ جَاءُوا بِالصَّلَوَاتِ عَنْهُ وَهُوَ يَعْنِي الصَّحَابَةَ . فَقَدْ ارْتَفَعَ الْإِسْرَافُ وَبَقِيَتْ الْجَهَالَةُ ، وَالْجَهَالَةُ بِالصَّحَابَةِ لَا تَقْدَحُ فِي الْحَدِيثِ ، اللَّهُمَّ إِذَا ثَبَتَ وَلَوْ مَرَّةً وَاحِدَةً أَنَّ عُرْوَةَ التَّبَسُّعُ عَلَيْهِ أَمْرٌ تَابِعِيٌّ مُعَاَصِرٌ بِإِسْلَامِهِ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَظَنَّهُ صَحَابِيًّا ، وَلَكِنْ إِذَا عَرَفْنَا أَنَّ عُرْوَةَ لَا يَشْكُكَ فِي تَثْبُتِهِ وَعِلْمِهِ بِأَحْوَالِ الصَّحَابَةِ وَالَّذِي تَرَبَّى فِي بَيْتِ النَّبِيِّ وَالْخِلَافَةِ . فَأَبُوهُ إِبْنُ عَمَّةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ؛ وَجَدُّهُ لَأُمُّهُ أَبُو بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَخَالَتُهُ أُمُّ الْمُؤْمِنِينَ ، وَأَخُوهُ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الزُّبَيْرِ . وَرَوَى الشَّافِعِيُّ عَنْ سَفْيَانَ عَنْ طَاوُسٍ أَنَّ النَّبِيَّ (ص) قَالَ : عِمَارَةُ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مَنَى ، وَلَا أَنْ مَا لَمْ يَجْرَ عَلَيْهِ مَلِكٌ نَوْحَانُ أَرْضٍ وَحَيَوَانٌ ، فَلَمَّا مَلَكَ الْحَيَوَانُ إِذَا ظَهَرَ عَلَيْهِ بِالْأَصْطِيَادِ مَلِكٌ مَوَاتِ الْأَرْضِ إِذَا ظَهَرَ عَلَيْهِ بِالْأَحْيَاءِ وَقَوْلُهُ فِي حَدِيثِ الْفَصْلِ عَنْ طَاوُسٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : عَادَى الْأَرْضَ ، نِسْبَةٌ إِلَى عَادَ رَجُلٍ مِنَ الْعَرَبِ الْأَوَّلَى ، وَهِيَ الْعَرَبُ الْبَائِدَةُ ، وَبِهِ سَمِيَتْ قَبِيلَةُ قَوْمِ هُودٍ ، وَيُقَالُ لِلْمُلُوكِ الْقَدِيمِ عَادَى كَأَنَّهُ نِسْبَةٌ إِلَيْهِ لِتَقَدُّمِهِ ، وَبَنُو عَادِيَّةٍ كَذَلِكَ ؛ وَعَادَى الْأَرْضَ مَا تَقَادَمَ عَلَيْهَا

وَقَدْ جَاءَ حَدِيثُ طَاوُسٍ فِي الْأَمِّ وَعِنْدَ الْمُصَنِّفِ هُنَا هَكَذَا مَرْسَلًا . وَقَدْ رَوَاهُ هَكَذَا سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ فِي سُنَنِهِ وَأَبُو عُبَيْدٍ فِي الْأَمْوَالِ ، فَإِذَا تَقَرَّرَ جَوَازُ الْأَحْيَاءِ قَالَ الشَّافِعِيُّ : بِلَادُ الْمُسْلِمِينَ شَيْئَانِ عَامِرٌ وَمَوَاتٌ ، وَإِنَّمَا خَصَّ بِلَادَ الْمُسْلِمِينَ بِمَا

ذكره من قسمي العامر والموات ، وإن كانت بلاد الشرك أيضا عامراً ومواتاً ،
لما ذكره من أن عامر بلاد المسلمين لأهله لا يملك عليه إلا بإذنهم . وعامر بلاد
الشرك قد يملك عليهم قهراً أو غلبة بغير إذنهم . وإذا كان كذلك بدأنا بذكر العامر
من بلاد المسلمين ثم بمواتهم . أما العامر فلأهله الذين قد ملكوه بأحد أسباب
التملك وهي ثمانية : ١ - الميراث ٢ - المعاوضات ٣ الهبات ٤ - الوصايا ٥ - الوقف
٦ - الصدقات ٧ - الغنيمة ٨ - الإحياء .

فإذا ملك عامراً من بلاد المسلمين بأحد هذه الأسباب الثمانية صار مالكاً له
والحرمة ومرافقيه من بناء وطريق ومسيل ماء وغير ذلك من مرافق العامر التي
لا يستغنى العامر عنها فلا يجوز أن يملك ذلك على أهل العامر بإحياء ولا غيره
فمن أحياء لم يملكه . وقال داود بن علي : حریم العامر كسائر الموات من أحياء
فقد ملكه استدلالاً بقوله صلى الله عليه وسلم : من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له ،
وهذا خطأ لأن حریم العامر قد كان على عهد رسول الله (ص) ثم على عهد خلفائه
مقرراً على أهله لم يتعرض أحد لإحيائه مما انتهوا إليه ، ولأنه لو جاز لإحياء حریم
العامر لبطل العامر على أهله وسقط الانتفاع به ، لأنه يفضي إلى أن يبني الرجل
داراً يسد بها باب جاره فلا يصل الجار إلى منزله . وما أدى إلى هذا من الضرر
وكان ممنوعاً منه ، وليس الحریم مواتاً فيصح استدلال داود عليه .

وأما الموات فضربان : أحدهما ما لم يزل على قديم الدهر مواتاً لم يعمر قط ،
فهذا هو الموات جاء في الحديث أن من أحيأها فهي له ، فإن أحيأه ذمى لم يملكه
وقال أبو حنيفة : يملكه الذمى بالإحياء كالمسلم ، استدلالاً بعموم قوله صلى الله
عليه وسلم : من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له ، ولأنها أعيان مباحة لجاز أن يستترى
في تملكها المسلم والذمى كالصيد والخطب ، ولأن من يملك بالاصطياد والاحتطاب
صح أن يملك بالإحياء كالمسلم ، ولأنه سبب من أسباب التملك فوجب أن
يستوى فيه المسلم والذمى كالبيع ، ودليلنا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم
« ثم هي لكم مني » فوجه الخطاب للمسلمين وأضاف ملك المرات إليهم فدل على
اختصاصهم بالحكم .

ولأن النبي صلى الله عليه قال : لا يجتمع في جزيرة العرب دينان ، إشارة الى إجلالهم حتى أجلاهم عمر رضي الله عنه من الحجاز ، فلما أمر بإزالة أملاكهم الثابتة فأولى أن يمنعوا من أن يستبيحوا أملاكاً محدثة ، لأن استدامة الملك أقوى من الاستحداث ، فإذا لم يكن لهم الاقوى فالأضعف أولى ، ولأن من لم يقرر في دار الاسلام الا بجزية منع من الاحياء كالمعاهد ، ولأن كل ما لم يملكه الكافر قبل عقد الجزية لم يملكه بعد عقد الجزية وأصله نكاح المسلمة . ولأنه نوع تملك يتنافيه كفر الحربى فوجب أن يتنافيه كفر الذمى كالارث من مسلم

فأما الجواب عن حديث : من أحيا أرضاً مواتاً فهي له ، فهو أن هذا الخبر وارد في بيان ما يقع به الملك . وقوله : ثم هي لكم ، وارد في بيان من يقع له الملك فصار المفسر في كل واحد منهما فيما قصد له قاضياً على صاحبه ، فصار الخبران في التقدير كقوله : من أحيا أرضاً مواتاً من المسلمين فهي له ،

وأما الجواب عن قياسهم على الصيد والخطب فهو أنه منتقض بالغنيمة حيث لم يستو المسلم والذمى فيها مع كونها أعياناً مباحة ، ثم لو سلم من النقض لكان المعنى في الصيد والخطب أن لا ضرر على المسلم فيه إذا أخذه الكافر ، وليس كذلك الاحياء . لذلك لم يمنع المعاهد من الاصطياد والاحتطاب وإن منع من الاحياء ، فكان المعنى الذى فرقوا به في المعاهد بين إحيائه واصطياده ووفرقتنا في الذمى بين إحيائه واصطياده ، وهو الجواب عن قياسهم الثانى ويكون المعنى فى المسلم فضيلته بدينه واستقراره فى دار الاسلام بغير حرمة مباينة له فدار الامة فاستعمل على من خالف الملة .

وأما الجواب عن قياسهم على البيع فهو أنه منتقض بالزكاة لأنها سبب من أسباب التملك الذى يختص بها المسلم دون الذمى . ولما لم يجز فى الاحياء أن يملك به المعاهد لم يملك به الذمى . وقال أحمد بعدم الفرق بين المسلم والذمى وقد مضى الرد على ذلك . والضرب الثانى من الموات ما كان عامراً ثم خرب فصار بالخراب مواتاً فذلك ضربان ، أحدهما ان كان جاهلياً لم يعمر فى الاسلام فهذا على ضربين أحدهما أن يكون قد خرب قبل الاسلام حتى صار مواتاً مندرساً كأرض عاد وتبّع ومدن طيبة ومنف وبابل وآشور وبعليك فهذه إذا أعان أبلواتها الى بيت

مال المسلمين ومملكت للدولة التي من حقها أن تكون لها الولاية عليها لدرضاها
 للاعتبار عملاً بقوله تعالى : أفلم يسيرا في الأرض فينظروا كيف كان عاقبة الذين
 من قبلهم ، كانوا أشد منهم قوة وآثاراً في الأرض ، وعمروها أكثر ، ما عمروها ،
 إلى آخر ما ورد في القرآن الكريم من آيات الحث على السياحة والسير إلى الآثار
 الاعتبار والاتعاظ ، كان إحياءها معلقاً بإذن السلطان ، بل إن السلطان إذا أحياءها
 بصيانتها وإقامة الحراس عليها وتمهيد طرقها وتيسير سبل الوصول إليها بسبب
 ما تحويه من قوارب من كانوا يعمرونها من الدارسين والبائدين كان هذا إحياء
 لها على هذا النحو ، وصارت ملكاً عاماً لا يختص به أحد ، وذلك أصله قوله (ص)
 : طادى الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم منى ، والضرب الثاني : ما كان باقى العمارة
 إلى وقت الإسلام ثم خرب وصار مواتاً قبل أن يصير من بلاد الإسلام فهذا على
 ثلاثة أقسام (أحدها) أن يرفع أربابه أيديهم عنه قبل القدرة عليه فهذا يملك
 بالاحياء كالذى لم يزل مواتاً (والقسم الثاني) أن يتمسكوا به إلى حين القدرة
 عليه فهذا يكون فى حكم عامرهم لا يملك بالاحياء .

(والقسم الثالث) أن يحمل حاله فلا يعلم هل رفعوا أيديهم عنه قبل القدرة
 عليه أم لا ، ففى جواز تملك بالاحياء وجهان كالذى جهل حاله من الركاز .

والضرب الثانى : ما كان فى الأصل عامراً من بلاد الإسلام ثم خرب حتى
 ذهب عمارته ، واندرست آثاره ، فصار مواتاً . فقد اختلف الفقهاء فى جواز
 تملك بالاحياء على ثلاثة مذاهب ، فذهب الشافعى منها أنه لا يجوز أن يملك
 بالاحياء سواء عرف أربابه أو لم يعرفوا . وقال أبو حنيفة : إن عرف أربابه فهو
 على ملكهم لا يملك بالاحياء وإن لم يعرفوا يملك بالاحياء استدلالاً بعموم الحديث
 : من أحيأ أرضاً مواتاً فهو له ، وحقيقة الموات ما صار بعد الاحياء مواتاً من العامر
 فزال عن حكم العامر كالجاهلى . ولأنه موات لجاز إحياءه كسائر الموات .

وقال مالك : يصير كالموات الجاهلى يملك من احياءه سواء عرف أربابه أم لم
 يعرفوا . ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب
 نفس منه ، وهذا مال مسلم . وروى عروة عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال
 رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أحيأ أرضاً ميتة ليست لأحد فهو أحق بها ،

لجمل زوال الملك عن الموات شرطاً في جواز ملكه بالإحياء . ودل على أن ما جرى عليه ملك لم يجوز أن يملك بالإحياء .

وروى أسامة بن مضر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو له مال ، فخرج الناس يتعادون يتخاطون ، وهذا نص ولاها أرض استقر عليها ملك أحد المسلمين فلم يجوز أن تملك بالإحياء كالتى بقيت آثارها عند مالك ، وكالتى تعين أربابها عند أبي حنيفة ، ولأن ما صار مواتاً من جامر المسلمين لم يجوز إحياءه بالتملك كالأوقاف والمساجد .

وأما استدلالهم بقوله صلى الله عليه وسلم : من أحيى أرضاً مواتاً فهي له ، فهو دليل عليهم ؛ لأن الأول قد أحيىها ، فوجب أن يكون أحق بها من الثانى لأمرين أحدهما : أنه سبق . والثانى : أن ملكه قد ثبت باتفاق . وأما الجواب عن قياسهم على الجاهلى وعلى التى لم تزل خراباً فالمعنى فيها أنها لم يجوز عليها ملك مسلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) والإحياء الذى يملك به أن يعمر الأرض لما يريد ، ويرجع فى ذلك إلى العرف . لأن النبى صلى الله عليه وسلم أطلق الإحياء ولم يبين فحمل على المتعارف ، فإن كان يريد للسكنى فإن بنى سور الدار من اللبن والجر والطين والجص إن كانت عادتهم ذلك ، أو القصب أو الخشب إن كانت عادتهم ذلك ، ويسقف وينصب عليه الباب لأنه لا يصلح للسكنى بما دون ذلك ، فإن أراد مراحا للغنم أو حظيرة للشوك والخطب بنى الحائط ونصب عليه البواب ، لأنه لا يصير مراحا وحظيرة بما دون ذلك ، وإن أراد للزراعة فإن يعمل لها مسناة ويسوق الماء إليها من نهر أو بئر ، فإن كانت الأرض من البطائح فإن يحبس عنها الماء لأن إحياء البطائح أن يحبس عنها الماء كما أن إحياء اليابس يسوق الماء إليه : وبحرثها ؛ وهو أن يصلح ترابها ، وهل يشترط غير ذلك ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أنه لا يشترط غير ذلك وهو المنصوص فى الأم ، وهو قول أبى إسحاق ، لأن الإحياء قد تم وما بقى إلا الزراعة ، وذلك انتفاع بالمحيا فلم يشترط كسكنى الدار .

(والثاني) وهو ظاهر ما نقله المازني : أنه لا يملك إلا بالزراعة لأنهم من تمام العمارة ، وبخلاف السكنى فإنه ليس من تمام العمارة ، وإنما هو كالحصاد في الزرع .
 (والثالث) وهو قول أبي العباس : أنه لا يتم إلا بالزراعة والسقي ، لأن العمارة لا تكمل إلا بذلك ؛ وإن أراد حفر بئر فإحياءه - أن يغفر إلى أن يصل إلى الماء - لأنه لا يحصل البئر إلا بذلك ، فإن كانت الأرض صلبة تم الأحياء ، وإن كانت رخوة لم يتم الأحياء حتى تطوى البئر لأنها لا تكمل إلا به ،

(الشرح) يختلف الأحياء باختلاف المقصود منه ، ولما كان الشارع قد أطلق الأحياء ولم يحده ، ولما كان ليس للأحياء في اللغة حد وجب الرجوع إلى العرف كالحرز والقبض وضابطه تهية الشيء لما يقصد منه غالباً ، فإن أراد مسكننا نظرت إلى العرف الشائع في المكان الذي يجري فيه الأحياء مسكننا ، كتحويطه بالآجر أو اللبن أو القصب على عادة المكان ، وقد رأى بعض الأصحاب الاكتفاء بالتحويط من غير بناء لكنه نص في الأم على اشتراط البناء .

قال الرملي : وهو المعتمد ، والأوجه الرجوع في جميع ذلك إلى العادة ، ومن هنا قال المتولي وأقره ابن الرفعة والأذرعى وغيرهما : لو اعتاد نازلو الصحراء تنظيف الموضع من نحو شوك وحجر وتسويته لضرب خيمته وبناء معافه فلهما ذلك بقصد التملك ملكوا البقعة ، وإن ارتحلوا عنها أو بقصد الارتفاق فهم أولى بها إلى الرحلة .

إذا ثبت هذا : فإن تحويط الأرض أحياء لها سواء أرادها للبناء أو للزراعة أو حظيرة للغنم أو للخشب أو لغير ذلك ، هذا مذهبنا ونص عليه أحمد في رواية على بن سعيد فقال : الأحياء أن يحوط عليها حائطاً ويحفر فيها بئراً أو نهراً ولا تعتبر في ذلك تسقيف ، وذلك لما روى عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أحاط حائطاً على أرض فهي له ، رواه أبو داود وأحمد ، ويروى عن جابر مثله .

وقد نص الإمام النووي على عدم اشتراط تعليق الباب لأن الباب لا يشترط للسكنى وإنما هو للحفاظ والسكنى لا تنوقف عليه . وقد اعتبر القصد في مذهب

الشافعي رضي الله عنه ولم يعتبر القصد في مذهب أحمد رضي الله عنه : فلو أحاط
مواتا بقصد أن يكون حظيرة فأنخذه سكنا له ولم يتخذه لما قصد له ملكه عند أحمد
لعدم اعتبار القصد وملكه عند الشافعي بالقصد الطاريء أما إذا حوطها لتكون
حظيرة ولا تصلح للسكنى ثم سكنها فإنه لا يملك عند الشافعي ويملك عند أحمد ،
فلو خندق حول الأرض خندقا لم يكن إحياء . لأنه ليس بحائط ولا عمارة ، وإنما
هو حفر وتخريب ؛ وإن أحاطها بشوك وشبهه لم يكن ذلك إحياء ولو نزل منزلا
فنصب به بيت شعر أو خيمة لم يكن ذلك إحياء .

أما إذا فعل ذلك بحيث يريد لها مزرعة لجمع التراب أو الشوك حولها وسوى
الأرض فطم المنخفض منها واكتسح العالي وحرثها إذا توقف زرعها على الحرث
ورتب لها الماء بشق المسقاة أو حفر الساقية أو شق الماء طريقا ولم يبق إلا اجراؤه
كفى ذلك في تملكه ، وإن لم يجر الماء ، فإن هباه ولم يحفر له طريقا كفى أيضا وهو
المنصوص في الأم ، وبه قال أبو اسحاق المروزي ورجحه صاحب الشرح الصغير
وتابعه الشمس الرملى .

فإذا كفاها المطر لم تحتج إلى ترتيب الماء وذلك خلافا لظاهر ما نقله المازني من
أنه يشترط الزراعة لتمام الملك بذلك ، ويخالف السكني ، وقد زاد أبو العباس بن
سريج على ذلك اشتراط السقي أيضا ، وأرض الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها
ولا يكفيها المطر تكفى الحراثة وجمع التراب كما اقتضاه كلام النووي في الروضة
تبعاً للرافعي وجزم به غيرهما . ولا يشترط أن تتم الزراعة على الأصح كما لا يشترط
سكنى الدار لأن استيفاء المنفعة خارج عن الإحياء .

والثاني : لا نصير حياة إلا بالزراعة كما لا نصير الدار حياة إلا إذا صار فيها
مال المحي ، وإذا اعتادوا أن يجمعوا ترابا حول ما يزرعونه بستانا لجمع التراب
بدلاً من التحويط كفى ، والا اشترط التحويط حسب العادة وتميئة ماء للبستان
أن لم يكفه ماء المطر ، ويشترط فيه اتخاذ البواب وغرس الأشجار ولو لبعضه
بحيث يسمى بستانا كما أفاده الأذرعى ، فلا يكفى غرس الشجرة والشجرتين في
المكان الواسع على المذهب إذ لا يتم اسم البستان بدون ذلك بخلاف المزرعة

بدون الزرع ، ولا يشترط في البستان الأثمار ، وما عمله مما يعود نفعه على غيره كطى بئر ، فإن ملكه له يتوقف على قصده من حفر البئر ، وقال الشافعي رضى الله عنه : وإنما يكون الأحياء ما عرفه الناس لأحياء مثل المحيا إن كان مسكناً فإن يبنى بمثل ما يبنى به مثله من بنيان حجر أو ابن أو مدر يكون مثله بناء ، وهكذا ما أحيى الأدمى من منزل له أو لدواب من حظائر أو غيره فأحياء ببناء حجر أو مدر أو بناء لأن هذه العمارة بمثل هذا ، ولو جمع تراباً لحظائر أو خندق لم يكن هذا أحياء . وكذلك لو بنى خياماً من شعر أو جريد أو خشب ثم يكن هذا أحياء تملك له الأرض بالأحياء ، وما كان هذا قائماً لم يكن لأحد أن يزيله ، فإذا أزاله صاحبه لم يملكه ، وكان لغيره أن ينزله ويعمره ، اه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا أحيى الأرض ملك الأرض وما فيها من المعادن كالبلور والفيروز والحديد والرصاص لأنها من أجزاء الأرض فملك بملكها ويمالك ما ينبع فيها من الماء والقار وغير ذلك . وقال أبو إسحاق لا يملك الماء وما ينبع فيها ، وقد بينا ذلك في البيوع ، ويملك ما ينبت فيها من الشجر والكلأ . وقال أبو القاسم الصيمري : لا يملك الكلأ لما روى أن أبيضر بن حمال سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حمى الأراك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حمى في الأراك ، ولأنه لو فرخ في الأرض طائر لم يملك ، فكذلك إذا نبت فيه الكلأ ، وقال أكثر أصحابنا : يملك لانه من نماء الملك فملكه بملكه كشجر الغنم .

(فصل) ويملك بالأحياء ما يحتاج اليه من المرافق ، كقناة الدار والطريق ومسيل الماء وحريم البئر ، وهو بقدر ما يقف فيه المستقي إن كانت البئر للشرب وقدر ما يمر فيه الثور إن كانت للسقي ، وحريم النهر وهو ملقى الطين وما يخرج منه من النقع ، ويرجع في ذلك إلى أهل العرف في الموضع . والدليل عليه ما روى عبد الله بن مغفل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من احتفر بئراً فله أربعون ذراعاً حولها عطن لما شبته .

وروى ابن شهاب عن سعيد بن المسيب قال : من السنة أن حريم القلب

العادية خمسون ذراعا ، وحريم البدي خمسة وعشرون ذراعا ، وحريم بشر
الزراع ثلثمائة ذراع ، فإن أحياء أرضا إلى جنب غيره فجعل أحدهما داره مدبغة أو
مقصرة لم يكن للآخر منعه من ذلك ، لأنه تصرف مباح في ملكه فلم يمنع منه .
وإن ألصق حائطه بحائطه منع من ذلك . وإن طرَح في أصل حائطه مرجحينا منع
منه لأنه تصرف بأشْر ملك الغير بما يضر به فمنع منه ، فإن حفر حشا في أصل
حائطه لم يمنع منه لأنه تصرف في ملكه .

ومن أصحابنا من قال : يمنع لأنه يضر بالحاجز الذي بينهما في الأرض . وإن
ملك بشرا بالأحياء فجاء رجل وتباعد عن حريمه وحفر بشرا فنقصر ماء الأول لم
يمنع منه لأنه تصرف في موات لا حق لغيره فيه .

(الشرح) حديث أبيض بن حمال رواه الترمذي وحسنه وأبو داود بلفظ
« أنه وفد إلى النبي صلى الله عليه وسلم استنقطة الملح فقطع له ، فلما أن ولي قال
رجل : أتدرى ما أقطعت له ؟ إنما أقطعت له الماء العذب » . فقال انتزعه منه ، قال :
وسألته عما يحمى من الأراك فقال : ما لم تنله خفاف الأبل ، وأخرجه أيضا
ابن ماجه والفسامي ومحمد بن حبان وضعفه ابن القطان ولم يذكر وجه تضعيفه
ولعله بسبب السبئي المازني الذي في الاسناد . وقال فيه ابن عدي : أحاديثه مظلمة
منكرة . وفي رواية « ما لم تنله أخفاف الأبل » ،

قال محمد بن الحسن المخزومي : يعني أن الأبل تأكل منتهى رءوسها ويحمى
ما فوق ذلك . ورواه سعيد بن منصور قال : حدثني اسماعيل بن عياش عن
عمرو بن قيس المأربي عن أبيه عن أبيض بن حمال المأربي قال « استنقطعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم معدن الملح بمأرب فأقطعتني » ، فقليل يا رسول الله
إنه بمنزلة الماء العذب ، يعني أنه لا ينقطع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
فلا إذن ، .

وأما حديث عبد الله بن مغفل رضي الله عنه فقد رواه ابن ماجه بإسناد
ضعيف لأن فيه اسماعيل بن سلم ، وقد أخرجه الطبراني من حديث أشعث عن
الحسن ، وأخرج حرب وعبد الله عن أحمد من حديث أبي هريرة بلفظ « من سبق

إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له ، وله حريمها خمسون ذراعاً من كل جانب ، واختيار الحسين هو مذهب أحد وأصحابه ، وأخرج ابن ماجه بلفظ حريم البئر طول رشائها ،

أما اللغات في الفصل فالبلور كتثور وسنور وسبطار . وهو جرهر . وكذلك الفير وزج ، والقار نوع من القطران ، والعدد بكسر العين . قال أبو عبيد : العدد بلغة تميم الكثير ، وبلغة بكر بن وائل هو القليل ، والمراد هنا في الحديث الكثير الذي لا ينقطع . وأما كلمة التقن التي جرت هنا في كلام المصنف فهي من الكلمات التي كانت شائعة عند أهل بغداد ، ويريدون بها سيف النهر وما اجتمع فيه من الطين وغيره .

أما الأحكام فإن المعادن إما ظاهرة ، وهي التي سفتكلم عليها في الفصل التالي أما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفير وزج ، فإذا كانت ظاهرة فلا تملك بالاحياء لما سيأتى ، وإن لم تكن ظاهرة فخرها لإنسان لم تملك بذلك في ظاهر مذهب أحمد والشافعى ، وهو قول أبي إسحاق المروزي ، ويحتمل أن يملكها بذلك ، وهو قول للشافعى والمصنف والنووى في المنهاج . ومنع أبو القاسم الصيمرى أن يملك الكلاء ، ولأنه لو فرخ طائر في الأرض لم يملك . وقول أكثر الأصحاب يملك لأنه من نهاء الأرض كن يملك غنما فإنه يملك أصوافها وأشعارها لأنه نهاء في ملكه ، ولأنه إظهار نهيها بالعمل والمؤنة فملك بالاحياء كالأرض ، ولأنه بإظهاره نهيها للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل ، فأشبهه إحاطة الأرض أو إجراء الماء إليها .

ووجه الاول أن الاحياء الذي يملك به هو العمارة التي نهيها بها المحي الانتفاع من غير تكرار عمل ، وهذا حفر وتخريبه يحتاج الى تكرار عند كل انتفاع ، فإن قيل : فلو احتقر بئراً يملكها وملك حريمها ، قلنا : البئر نهيات الانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة ، وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع الى عمل وعمارة فافترقا .

أما إذا ملك الأرض بالاحياء فظهر أن فيها معدناً من المعادن الجامدة ظاهراً

أو باطنا فقد ملكه لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منما ويفارق
الكنز فإنه مودع فيها وليس من أجزائها : ويفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها
لأنه قطع عن المسلمين نفعاً كان واصلاً إليهم ، ومنعهم انتفاعاً كان لهم . وهمنا
لم يقطع عنهم شيئاً لأنه إنما ظهر بإظهاره له ، ولو تحجر الأرض أو أقطعها فظهر
فيها الممدن قبل إحيائها لكان له أحيائها ويملكها بما فيها لأنه صار أحق به
بتحجره واقطاعه فلم يمنع من اتمام حقه .

(فرع) يقال للبئر التي تحفر في الأرض الموات : بئر عادية بنشديد المياه
منسوبة إلى عاد ؛ وليس المراد عاداً بعينها ، ولكن لما كانت عاد في الزمن الأول
وكانت لها آثار في الأرض نسب إليها كل قديم ، فكل من حفر بئراً في موات
للتملك فله حريمها أربعون ذراعاً حولها أو خمس وعشرون ذراعاً من كل
جانب أو خمسون ذراعاً طول أبعد طرفي حريمها ، ومن سبق إلى بئر عادية كان
أحق بها لقوله صلى الله عليه وسلم : من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له وله
حريمها خمسون ذراعاً من كل جانب ،

وقد فرق سعيد بن المسيب بين العادي منها والبدى ، فجعل الأولى حريمها
خمسون ذراعاً وجعل البدئية حريمها خمسة وعشرون ذراعاً . وجعل حريم بئر
الزرع ثلاثمائة ذراع وقال : هذا من السنة . وإذا قال تابعي كبير كابن المسيب
: من السنة ،

وكذلك روى أبو عبيد عن يحيى بن سعيد الأنصاري أنه قال : السنة في
حريم القليب العادي خمسون ذراعاً والبدى خمس وعشرون ذراعاً ، فإنها
يقول كل منهما — وهما تابعيان كبيران — ذلك لما صح عندهما من عمل الصحابة
واتفاقهم عليه مما يجعل هذا القدر هو السنة لأنه لا يخلو من هدى نبوى .

وقال أصحاب أحمد منهم أبو الخطاب والقاضي : ليس هذا على طريق التحديد
بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج إليه في ترقية مائها منها ، فإن كان بدولاب فقد
مد الثور أو غيره ، وإن كان بساقية فبقدر طول البئر ، لما روى عن النبي (ص)
قال : حريم البئر مد رشاتها ، رواه ابن ماجه .

وذهب النووي إلى تحديد حریم البئر المحفورة في الموات بمقدار موقف النازح منها ، قال الرملي : وهل يعتبر قدر النازح من سائر الجوانب أو من أحدها فقط الأقرب اعتبار العادة في مثل ذلك المحل اهـ .

وعلى هذا يكون حریم البئر من جوانبه ما يحتاج اليه في مجال عمله ، وينبغي أن يمتد حریمها إلى ما تقتضيه . وقال أبو حنيفة : حریم البئر أربعون ذراعاً ، وحریم العين خمسمائة ذراع ، لأن أبا هريرة روى عن النبي (ص) أنه قال : حریم البئر أربعون ذراعاً لأعطان الإبل والغنم .

(قلت) حديث أبي هريرة رواه أحمد ، وحریم البئر العادي خمسون ذراعاً ، وحریم البئر البدوي خمسة وعشرون ذراعاً ، وعن الشعبي مثله . وقد روى الدارقطني والحلال بإسنادهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : حریم البئر خمس وعشرون ذراعاً ، وحریم العادي خمسون ذراعاً ، وقد أعلاه الدارقطني بالارسال وقال : من أسنده فقد وهم ، وفي سنده محمد بن يوسف المقرئ شيخ شيخ الدارقطني وهو متهم بالوضع ، ورواه البيهقي من طريق يونس عن الزهري عن المسيب مرسلًا وزاد فيه : وحریم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها ، وأخرجه الحاكم من حديث أبي هريرة موصولاً ومرسلًا والموصول فيه عمر بن قيس وهو ضعيف ، والأحاديث في مجموعها تثبت أن للبئر حرماً ، والمراد بالحریم ما يمنع منه المحمي والمحضر لا ضراره . وفي النهاية : سمي بالحریم لأنه يحرم منع صاحبه منه ، ولأنه يحرم على غيره التصرف فيه .

وحديث عبد الله بن مغفل الذي ساقه المصنف يجعل العلة في ذلك هي ما يحتاج اليه صاحب البئر عند سقي إبله لاجتماعها على الماء .

وحديث أبي هريرة دال على أن العلة هو ما يحتاج اليه البئر لئلا تحصل المضرة عليها باقتراب الأحياء منها ، ولذا وقع الاختلاف بين حالي كل من البدوي والعادي ، والجمع بين الحديثين يمكن أن ينظر فيهما من وجه الحاجة فإن كانت لاجل سقي الماشية لحديث الأربعين أو الخمس والعشرين ، وإن كانت لاجل البئر لخمسين وقد ذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى أن حریم البئر أربعون ، وذهب أحمد إلى أن الحریم خمسة وعشرون .

(فُرْع) ومن كانت له بشر فيها ماء لهما آخر لحفر قريباً منها بشرأ فليس له منعه من ذلك ، وإن نقص ماء البشر الاولى أو انصرف الماء اليها لأنه تصرف مباح في ملكه ، ويجوز أن يمنع من ذلك من حفر بشرأ في موات إلى جوار بشر مثلهما وجمعها أعمق منها بحيث تجذب ماء الاولى اليها ، لأنه ليس له أن يبتدىء ملكه على وجه يضر بالملك قبله ، وهو مذهب أحمد وقول للشافعي رضي الله عنهما ، والقول الاظهر وهو المذهب : له ذلك لأنه تصرف مباح في ملكه لجاز له كتمليكة داره . وهكذا الخلاف في كل ما يحدثه الجار بما يضر بجاره ، مثل أن يجعل داره مدبغة أو حماما يضر بمقار جاره برائحته أو غيرها ، أو يجعل داره مخبزاً في وسط الطريق ونحو ذلك مما يؤذي الجيران فذهب أحمد : المنع من ذلك ، ومذهب الشافعي : له ذلك كله ، لأنه تصرف مباح في ملكه أشبه ببناء ونقضه . وأما إذا ألصق الحائط بالحائط بغير مسافة ولو بسيرة منع من ذلك .

أما إذا طرح في أصل حائطه فضلات عفنة تسرى في مسام الارض فتحدث في البناء العطب والتلف منع من ذلك قولاً واحداً ، لأنه تصرف باشر ملك غيره بما يضره . أما إذا حفر في أصل حائطه حشاً فقولان . أحدهما : لم يمنع من ذلك والثاني : يمنع لأنه يضر بالحاجز الذي بينهما والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان تحجر رجل مواتاً وهو أن يشرع في إحيائه ولم يتم صار أحق به من غيره لقوله صلى الله عليه وسلم : من سبق إلى مالم يسبق إليه فهو أحق به ، وان نقله إلى غيره صار الثاني أحق به ، لأنه أثره صاحب الحق به ، وان مات انتقل ذلك إلى وارثه ، لأنه حق تملك ثبت له فانتقل إلى وارثه كالشفعة ، وان باعه ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق : أنه يصح لأنه صار أحق به فملك بيعه .
(والثاني) أنه لا يصح ، وهو المذهب ، لأنه لم يملكه بعد فلم يملك بيعه كالشفيع قبل الأخذ : وان بادر غيره إلى إحيائه نظرت ، فان كان ذلك قبل أن تطول المدة ففيه وجهان .

أحدهما : لا يملك لأن يد المنحجر أسبق .

والثاني : يملك لأن الأحياء يملك به والمنحجر لا يملك به ، فقدم ما يملك به على ما لا يملك به ، وإن طالبت المدة ولم يتمم قال له السلطان : إما أن تعمّر وإما أن ترفع يدك ، لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن منه كآلو وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء ومنع غيره منها ، وإن سأل أن يعمل أمهل مدة قريبة ، فإن انقضت المدة ولم يحى فبادر غيره فأحياء ملك : لأنه لا حق له بعد انقضاء المدة .

(فصل) ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر وهو الذي يوصل إلى ما فيه من غير مؤنة كالماء والنفط والموميا والياقوت والبرام والملح والكحل كان أحق به ، لقوله صلى الله عليه وسلم : من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به ، فإن أطال المقام فيه ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يمنع لأنه سبق إليه (والثاني) يمنع لأنه يصير كالمنحجر ، فإن سبق اثنان وضاق المكان وتشاحا ، فإن كانا يأخذان للتجارة ، هابا الإمام بينهما فإن تشاحا في السبق أقرع بينهما ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة وإن كانا يأخذان للحاجة ففيه ثلاثة أوجه .

أحدهما : يقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر .

والثاني : يقسم بينهما لأنه يمكن لهما القسمة فلا يؤخر حقه .

والثالث : يقدم الإمام أحدهما لأن الإمام نظراً في ذلك فقدم من رأى تقديمه ، وإن كان من ذلك ما يلزم عليه مؤنة بأن يكون بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء حصل فيه ملح جاز أن يملك بالأحياء لأنه يوصل إليه بالعمل والمؤنة فملك بالأحياء كالموات .

(الشرح) حديث من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو أحق به ، هذا الحديث هو الذي سبق تخريجه فقد رواه أبي داود وصححه الضياء المقدسي عن أسمر بن مضر . وقال البيهقي : لا أعلم بهذا الإسناد غير هذا الحديث ، المنحجر إحاطة الأرض بالحجارة ، أو بحائط صغير ، وهو شروع في أحياء الموات وليس أحياء تاماً ، ولذلك فإنه لا يملكها بذلك لأن الملك لا يكون إلا بالأحياء : وليس هذا

أحياء ولا يكن يصير أحق الناس به ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به ، فإن نقله إلى غيره صار الثاني بمنزلة الأول لأن صاحبه أقامه مقامه ؛ وإن مات فوارثه أحق به لقول النبي صلى الله عليه وسلم : من ترك حقا أو مالا فهو لورثته من بعده ، وهذا هو المذهب ومذهب أحمد رضي الله عنه وقال أبو إسحاق المروزي : إن حق التملك قد ثبت له فيصح له بيعه وقبض ثمنه ، والمذهب أنه لا يصح له بيعه كالشفيع لا يصح له أن يبيع قبل أن يأخذ . وإن ثبت له الاختصاص وفرق بين الاختصاص والملك ، والاختصاص لا يستلزم صحة البيع أو الهبة .

فإن سبق غيره فأحياء ففيه وجهان (أحدهما) أنه يملكه لأن الإحياء يملك به والحجر لا يملك به فثبت الملك به لم يملك به دون ما لم يملك به كمن سبق إلى معدن أو مشرعة ماء فجاء غيره فأزاله وأخذه (والثاني) لا يملكه ، لأن مفهوم قوله عليه السلام : من أحيأ أرضاً ميتة ليست لأحد ، وقوله : في حق غير مسلم فهي له ، أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم : من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به ، وروى سعيد بن منصور في سننه أن عمر رضي الله عنه قال : من كانت له أرض — يعني من تحجر أرضاً — فعطلمها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها ،

وهذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها ، وهو مذهب أحمد رضي الله عنه ، ومذهب الشافعي رضي الله عنه أن المدة في التحجر إذا طال عرفا بلا عذر ، فإن السلطان يقول للمتحجر : إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك ، لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء أو معدن لا ينتفع ولا يدع غيره ينتفع .

فإن سأل الامم الاعدل له أمهل الشهر والشهرين ونحو ذلك ، فإن أحياء غيره في مدة المهلة ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما ، وإن انقضت المدة ولم يعمر فأخيره أن يعمره ويملكه ، لأن المدة قد ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء أذن له

السلطان في عمارتها أو لم يأذن له ، وإن لم يكن المتحجر عذر في ترك العمارة قيل له
 أما أن تعمّر وأما أن ترفع يدك ، فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها .
 ومذهب أحد في هذا كله نحو مذهبنا إلا في التوقيت بثلاث سنين لقول عمر
 رضي الله عنه لأن عمر رضي الله عنه أخذ بالعرف في زمنه ، وقد تكون السنين
 الثلاث معطلة لنفع يعود على المسلمين من إحياء الموات ونشر العمران مما يحقق
 مقاصد الاسلام ، ويدفع المسلمين إلى التسابق في استخراج خيرات الأرض
 واستنباط معادنها وإصلاح تربتها وتأهيل مهجورها وتعمير خرابها ؛ وذلك
 صلاح للمسلمين وقوة لهم وعدة على أعدائهم ومصادر أعمال لعاطليهم وتوسيع
 لرقعة مساكنهم ، وما نشطت شركات الكفار وتسابقت تستعمر بلاد المسلمين
 إلا لتعطيلهم هذه الأحكام الشريفة ، وتخلّفوا عن غيهم في مجالات التعمير
 والبناء وهجرهم لنعاليم النبي صلى الله عليه وسلم وصدق الله العظيم : ومن أعرض
 عن ذكرى فإن له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى ، قال : رب لم
 حشرتني أعمى ، وقد كنت بصيراً ؟ قال : كذلك أتتك آياتنا فنسيتها وكذلك
 اليوم تنسى .

(فرع) حكم المعادن الظاهرة : قال الشافعي رضي الله عنه : ومثل هذا كل
 عين ظاهرة كنفت أو قار أو كبريت أو موميا (١) أو حجارة ظاهرة كوميا في غير
 ملك لأحد ، فليس لأحد أن يتحجرها دون غيره ، ولا لسلطان أن يمنعها لنفسه
 ولا لخاص من الناس ، لأن هذا كله ظاهر كالما والسكلا اه . وهي التي يوصل
 إلى ما فيها من غير مؤنة ينتابها الناس وينفعون بها كالمالح والماء والكبريت والنفط
 وأحجار التلك الذي يتخذ مسحوقه لتبريد الجلد وأشباه ذاك لا تملك بالاحياء ،

(١) الموميا لفظة يونانية الأصل وأصلها مومياى فحذفت الياء اختصاراً
 وبقيت الألف مقصورة ، وهو معدن يؤخذ منه دواء للعلاج كالتوتيا
 وكالجنزار من سلفات النحاس . وقال الرملي : الموميا شيء يلقى به البخر في بعض
 السواحل فيجمد ويصير كالقار وقيل حجارة سود في اليمن ، والبرام حجر يعمل
 منه قدور الطبخ .

ولا يجوز إقطاعها لأحد من الناس ، ولا احتجازها دون المسلمين لما في ذلك من التضييق عليهم وحرمانهم خيرات ظاهرة ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع أبيض بن حمال معدن الملح في مأرب باليمن ، فلما قيل له : إنه بمنزلة الماء العذب . أسرده ، فأنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم الملح بالكثير منزلة مشاريع الماء وطرقات المسلمين .

قال ابن عقيل من الحنابلة : هذا من مواد الله وفيض جوده الذي لا غناء عنه فلو ملائكة أحد بالاحتجاز ملك منعه فضايق على الناس ، فان أخذ عنه الثمن أغلاه فخرج عن الموضع الذي وضعه الله من تعميم ذوى الحوائج من غير كلفة . وهذا مذهب الشافعى وأحمد ولا نعلم لهما مخالفا من الأئمة .

قال الرملى : والإجماع على منع إقطاع مشاريع الماء وهذا مثلها بجماع الحاجة العامة وأخذها بغير عمل ، ويمتنع أيضا إقطاع وتحجير أرض لاخذ نحو حطبها وصيدها وبركة لاخذ سمكها ، وظاهر كلام الأصحاب المنع من التملك والارتفاق وليكن الزركشى قيد المنع بالتملك .

ويأتى بعد هذا إذا اطال من سبق إليه المقام فيه فقيه وجمان . أحدهما : لا يمنع لأنه سبق إليه فهو أحق به ، بشرط أن لا يمنع غيره يأخذ قدر حاجته والثانى : يمنع لأنه أطال المقام والاخذ ، واحتمل أن يمنع غيره لأنه يصير كالمتملك له أو المنحجر ،

وإن استبق إليه اثنان وضاق المكان عنهما أقرع بينهما لأنه لامرية لأحدهما على صاحبه وهذا إذا كانا يأخذانه للتجارة ، فإن كانا يأخذانه للحاجة فقيه ثلاثة أوجه ، أما أن يتفرع بينهما كالمتجرين ، وأما أن يقسم بينهما لامكان هذه القسمة وقد تساوى فيه كالأيدي في أيديهما ولا بينة لأحدهما بها ، وأما أن يتقدم الإمام من يرى منهما لأن له نظراً في ذلك ؛ وهذه الأوجه كلام عند أحمد وأصحابه وأضاف القاضى وجها رابعا وهو أن الإمام ينصب من يأخذ لهما ويقسم بينهما .

ولو كان في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدن ظاهر كوضع على شاطئ البحر إذا صار فيه ماء البحر وتبخر صار ملكاً بالاحياء وجاز للإمام إقطاعه لشركات أو أفراد ، لأنه لا يضيق على المسلمين بأحداثة ، بل يحدث نفعه بفعله ، فلم يمنع منه كبقية الموات ، واحياء هذا يتم بتهيئته لما يصلح من حفر ترابه وتهيدته وفتح القنوات اليه تصب الماء فيه ، لأنه يتم بما بهذا الانتفاع به .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان سبق الى معدن باطن وهو الذي لا يوصل اليه الا بالعمل والمؤنة كمعدن الذهب والفضة والحديد والرصاص والياقوت والفيروز فوصل الى نيله ملك ما أخذه لقوله صلى الله عليه وسلم : من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو أحق به ، وهل يملك المعدن : فيه قولان (أحدهما) يملكه لأنه موات لا يوصل الى ما فيه الا بالعمل والانتفاع ، فملكه بالاحياء كموات الأرض (والثاني) لا يملك وهو الصحيح ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم علق الملك في الموات على الاحياء وهو العبارة ، والعمل في المعدن حفر وتخريب فلا يملك به ، ولأنه يحتاج في كل جزء يأخذه الى عمل فلا يملك منه الا ما أخذ ، وبخالف موات الأرض لأنه اذا عمر انتفع به على الدوام من غير عمل مستأنف فملك به ، فان قلنا انه يملك بالاحياء يملكه الى القرار وملك مرافقه ، فان تباعد انسان عن حريمه وحفر معدنا فوصل الى العرق لم يمنع من أخذ ما فيه ، لأنه احياء في موات لا حق فيه لغيره ، فان حفر ولم يصل الى النيل صار أحق به كما قلنا فيمن تحجر في موات الأرض . فان قلنا : لا يملك كان كالمعدن الظاهر في إزالة يده اذا طال مقامه ، وفي القسمة والتقديم بالقرعة وتقديم من يرى الامام تقديمه .

(فصل) ويجوز الارتفاق بها بين العامر من الشوارع والرحاب الواسعة بالقعود للبيع والشراء ، لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار ، ولأنه ارتفاق بمباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالاختياز ، فان سبق اليه كان أحق به ، لقوله صلى الله عليه وسلم : منى منساخ من سبق ، وله أن يظلم بها لا ضرر به على المارة من بارية وثوب ، لأن الحاجة تدعو

الى ذلك ، وان اراد أن يبنى دكة منع ، لأنه يضيق به الطريق ، ويعثر به الضرير وبالليل البصير فلم يجوز ، وان قام وترك المذاع لم يجوز غيره أن يقعد فيه ، لأن يد الاول لم تزل ، وان نقل متاعه كان غيره ان يقعد فيه لأنه زالت يده ، وان قعد وأطال ففيه وجهان :

(أحدهما) يمنع لأنه يصير كالمتملك ، وتملكه لا يجوز (والثاني) يجوز لأنه قد ثبت له اليد بالسبق اليه ، وان سبق اليه اثنان ففيه وجهان (أحدهما) يقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر (والثاني) يقدم الامام أحدهما ، لأن للإمام النظر والاجتهاد ، ولا تجوز القسمة لأنهما لا تملك فلم تقسم .

(الشرح) حديث من سبق الى ما لم يسبق اليه فهو أحق ، سبق لنا تخريجه أما الأحكام فقد مضى أكثر مسائل هذين الفصلين ، أما ما كان من الشوارع والطرقات والرحاب (الميادين) بين العمران فليس لأحد احتياؤه ، سواء كان واسعا أو ضيقا ، وسواء ضيق على الناس أو لم يضيق ، لأن ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصالحهم فأشبهه مساجدهم ، ويجوز الاتفاق بالعود في الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار ، ولأنه ارتفاق مباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاتياز والعبور .

وقال أحمد في السابق الى دكاكين السوق غدوة فهو له الى الليل ، وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : منى مناخ من سبق ، وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية ومظلة وكساء ونحوه لأن الحاجة تدعو اليه ، فإذا جرى العرف بمنعه الا بإذن السلطان لتنظيم صفوفهم وحصرهم فيما لا يخل بحرمة الطريق ومخاطر الآلات المستخدمة للركوب كالمetro والمتروالى والترام والباس ، والسيارات العام منها والخاص ، وللسلطان أن يقيد المطاق أحيانا اذا اقتضت ذلك مصلحة أرجح من الاطلاق وجميع المدن المتحضرة في العالم اليوم لا تسمح بإشغال الطريق الا في حدود metro ونحوه ، وبترخيص يصدر

من وزارة الإسكان والمرافق . ولو تركت الطرقات هكذا لسل من يريد أن ينصب فيها تابوتاً لبضاعته في عرض الطريق لضاقت الطرقات والشوارع على المارة والمجتازين ، وربما ادعى أحدهم ملكية المكان الذي يشغله على أن الفقهاء لم يرتبوا حقاً للمالك لمن يجلس في الطرقات للبيع والشراء فقالوا : والسابق أحق به ما دام فيه ، فإن قام وترك مناعه فيه لم يحز لغيره إلا أنه لأن يد الأول عليه ، وإن نقل مناعه كان لغيره أن يقعد فيه ، لأن يده قد زالت وإن قعد وأطال منع من ذلك لأنه يصير كالمتملك ، ويختص بنفع يساويه غيره في استحقاقه ؛ ويحتمل أن لا يزال . وهذا وجه آخر لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم . وإن استبق إثنان إليه احتمل أن يقرع بينهما ، واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما .

وقال أحمد بن حنبل رضي الله عنه : ما كان ينبغي لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق .

قلت : إن الإمام أحمد رضي الله عنه يرى في وقوف مثله على قارعة الطريق للشراء ضرباً من التبذل الخلل بأهل الوقار والنصون ؛ لأن هؤلاء قلة براءدون حقوق الطريق ، فقد روى الشيخان عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إياكم والجلوس في الطرقات ، فقالوا يا رسول الله ما لنا من مجالسنا بد نتحدث فيها ، فقال : إذا أبيتم إلا الجلوس فأعطوا الطريق حقها . قالوا : وما حق الطريق يا رسول الله ؟ قال : غض البصر وكف الأذى ورد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، هذا والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الاقطاع والحمى

يجوز للإمام أن يقطع موات الارض لمن يملكه بالاحياء لما روى علقمة بن وائل عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضاً فأرسل معه معاوية أن أعطه إياها ، أو قال أعطاها إياه .

وروى ابن عمر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير حُضْر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى أسوطه ، فقال أعطوه من حيث وقع السوط .
وروى أن أبا بكر أقطع الزبير وأقطع عمر علياً وأقطع عثمان رضى الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : الزبير وسعداً وابن مسعود وخباباً وأسامة بن زيد رضى الله عنهم . ومن أقطعه الامام شيئاً من ذلك صار أحق به . ويصير كالمتهجر في جميع ما ذكرناه ، لأن بياقطاع الامام صار أحق به كالمتهجر ، فكان حكمه حكم المتهجر ، ولا يقطع من ذلك إلا ما يقدر على إحيائه لأنه إذا أعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المساعين من غير فائدة .

(فصل) وأما المعادن فإنها إن كانت من المعادن الظاهرة لم يجوز اقطاعها لما روى ثابت بن سعيد عن أبيه عن جده أبيض بن حمال أنه استقطع النبي صلى الله عليه وسلم ملح المأرب فأقطعه إياه ، ثم إن الأقربح بن حاسر قال : يا رسول الله انى قد وردت الملح فى الجاهلية ، وهو بأرض ليس بها ملح ، ومن ورده أخذه ، وهو مثل الماء العد بأرض ، فاستقال أبيض بن حمال فقال أبيض قد أقلتلك فيه على أن تجعله منى صدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو منك صدقة وهو مثل الماء العد ومن ورده أخذه .

وان كانت من المعادن الباطنة فإن قلنا انها تمامك بالاحياء جاز اقطاعه لأنه موات يجوز أن يملك بالاحياء فجاز اقطاعه كموات الارض ، وان قلنا لا تمامك بالاحياء فهل يجوز اقطاعه ، فيه قولان

(أحدهما) يجوز اقطاعه لأنه يفتقر الانتفاع به الى المؤن فجاز اقطاعه

كموات الارض . والثاني لا يجوز لانه معدن لا يملك بالاحياء فلم يجوز إقطاعه
كالمعادن الظاهرة ، فاذا قلنا يجوز إقطاعه لم يجوز إلا ما يقوم به لما ذكرناه
في إقطاع الموات .

(فصل) ويجوز إقطاع ما بين العامر من الرحاب ومقاعد الاسواق
للارتفاع ، فمن أقطع شيئاً من ذلك صار أحق بالموضع نقل مناعه أو لم ينقل ،
لان للإمام النظر والاجتهاد ، فاذا أقطعه ثبتت يده عليه بالاقطاع فلم يكن لغيره
أن يقعد فيه .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أبو داود وفيه ضعف لان في إسناده عبد الله
ابن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب الملقب بالعُمريّ المذكور . قال
ابن حجر في التقريب : ضعيف عابد . وقال الصنعاني : فيه مقال . وقال الذهبي :
صدوق في حفظه شيء .

وروى عن ابن معين أنه قال : ليس به بأس ، يكتب حديثه ، وقال الدارمي
قلت لابن معين : كيف حاله في نافع ؟ قال : صالح ثقة . وقال الفلاس : كان يحكي
القطان لا يحدث عنه . وقال أحمد بن حنبل : صالح لا بأس به ، وقال النسائي
وغيره ليس بالقوى ، وقال ابن عدي هو في نفسه صدوق . وقال أحمد : كان
عبد الله رجلاً صالحاً ، كان يسأل عن الحديث في حياة أخيه عبيد الله فيقول : أما
وأبو عثمان حيّ فلا . وقال ابن المديني : عبد الله ضعيف . وقال ابن حبان : كان
من غلب عليه الصلاح والعبادة حتى غفل عن حفظ الاخبار وجودة الحفظ
للآثار ، فلما فحش خطؤه استحق الترك .

وقد أخرج الشيخان عن أسماء بنت أبي بكر في حديث ذكرته قالت : كنت
أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسي
وهو مني على ثلثي فرسخ ،

وقوله : حضر فرسه ، أي قدر ارتفاع الفرس في عدوه ، وفي قولنا من
أرض الزبير ، يحتمل أن تكون هذه الأرض هي التي وردت في حديث ابن عمر
وفي البخاري في آخر كتاب الخمس من حديث أسماء أن النبي صلى الله عليه وسلم

أقطع الزبير أرضاً من أموال بني النضير . وفي سنن أبي داود عن أسماء ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير نخلاً ، والأحاديث تدل على أنه يجوز للنبي (ص) ومن بعده من الأئمة إقطاع الأراضى وتخصيص بعض دون بعض لمن يأنس فيهم القدرة على القيام عليها وإحيائها واستنباط منافعها . وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع صخر بن أبي العيلة البجلي الأحمسي ماء لبني سليم لما هربوا عن الإسلام وتركوا ذلك ، ثم رده إليهم في قصة طويلة مذكورة في سنن أبي داود .

ومنها ما أخرجه أبو داود عن سبرة بن معبد الجهمي ، أن النبي صلى الله عليه وسلم نزل في موضع المسجد تحت دومة فأقام ثلاثاً ثم خرج إلى تبوك وإن جهينة لحقوه بالرحبة فقال لهم : من أهل ذى المروة ؟ فقالوا : بنو رقاعة من جهينة ، فقال قد أقطعتمنا لبني رقاعة فاقسموها ، فمنهم من باع ومنهم من أمسك فعمل

ومنها عند أبي داود عن قبلة بنت مخزومة قالت : قدمنا على رسول الله (ص) وتقدم صاحبى يعنى خريت بن حسان وافد بكر بن وائل ، فبايعه على الإسلام عليه وعلى قومه ، ثم قال يا رسول الله : اكتب بيننا وبين بني تميم بالدهناء أن لا يجاوزها إلينا منهم أحد إلا مسافر أو مجاور ، فقال اكتب له يا غلام بالدهناء فلما رأته قد أمر له بها شخص بى وهى وطنى ودارى ، فقلت : يا رسول الله إنه لم يسألك السوية من الأرض إذ سألك ، إنما هذه الدهناء عندك مقيد الجمل ومرعى الإبل ، ونساء بني تميم وأبناؤها وراء ذلك ، فقال أمسك يا غلام صدقت المسكينة ، المسلم أخو المسلم يسعهما الماء والشجر ويتعاونان على الفتنة ، يعنى الشيطان ، وأخرجه أيضا الترمذى مختصراً

وقال الشافعى رضى الله عنه : والموات الذى للسلطان أن يقطعه من يعمره خاصة وأن يحمى منه ما رأى أن يحميه عاماً لمنافع المسلمين ، والذى عرفنا نصاً ودلالة فيما حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه حمى البقيع ، وهو بلد ليس بالواسع الذى إذا حمى ضاقت البلاد على أهل المواشى وأضر بهم

ويشتمل هذا الباب على ثلاثة أحكام تختص بالموات وهي الإحياء والإقطاع والحجى . فأما الإحياء فقد ذكرنا جوازه ومن يجوز له . وأما الإقطاع وهو موضوع الفصل ، فإنه لا يصح إلا في موات لم يستقر عليه ملك وعلى هذا كان قطاعع النبي صلى الله عليه وسلم حين أقطع الزبير ركض فرسه من موات البقيع فأجراه ثم رمى بسوطه رغبة في الزيادة فقال : أعطوه منتهى سوطه ، وأما ورود بعض الأخبار فيما أعطاه للزبير من أرض بنى النضير أو من نخل المدينة فقد أوردها البخارى في آخر كتاب الخمس ومعنى هذا أنها غنائم زالت عنها يد الكفار وهذه قضية أخرى غير ما أقطعه من أرض البقيع مواتا لإحيائه ، وهكذا كانت قطاعع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا ما كان من شأن تميم الدارى وأبى ثعلبة الحشنى ، فإن تميميا سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطعه عبون البلد الذى كان منه بالشام قبل فتحه ، وأبو ثعلبة سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطعه أرضاً كانت بيد الروم فأعجبه الذى قال : فقال : ألا تسمعون ما يقول ؟ فقال والذى بعثك بالحق انتفتحن عليك ، فيكتب له كتابا .

فاحتمل ذلك من فعله أن يكون أقطعهما ذلك إقطاع تقليد لا إقطاع تملك ، أو يجوز أن يكونا مخصوصين بذلك لتعلقه بتصديق أخبار وتحقيق اعجاز ، وأما الأئمة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما لم يقطعا إلا مواتا لم يجر عليه ملك ، واصطفى عمر رضى الله عنه من أرض السواد أموال كسرى وأهل بيته وما هرب عنه أربابه أو هلكوا فكان يبلغ تسعة آلاف ألف فكان يصرفها في مصالح المسلمين ولم يقطع شيئا ، ثم إن عثمان رضى الله عنه أقطعهما لأنه رأى إقطاعهم أو فى لغلتها من تعطيلها ، وشرط على من أقطعهما أن يأخذ منه الغنى ، فكان ذلك منه إقطاع اجازة لا إقطاع تملك ، وقد توفرت عليه حتى بلغت خمسين ألف ألف ، ثم تناقلها الخلفاء بعده فلما كان عام الحجاجم سنة اثنين وثمانين وفتنة ابن الأشعث أحرق الديوان وأخذ كل قوم ما يلبسهم .

فاذا كان إقطاع الامام إنما يختص بالموات دون العامر فالذى يؤثره إقطاع

الامام إنها يختص بالموات دون العـامر ، فالذى يؤثره إقطاع الامام أن يكون المقطع أولى الناس بأحيائه ممن لم يسبق إلى أحيائه لمكان اذنه وفضل اجتهاده ، فلو بادر فأحيائها غير المقطع فهي ملك للمحيي دون المقطع . وقال أبو حنيفة : ان أحيائها قبل مضي ثلاث سنوات من وقت الاقطاع فهي للمقطع ، وان أحيائها بعد ثلاث سنين فهي للمحيي .

وقال مالك بن أنس : ان أحيائها عالما بالاقطاع فهي للمقطع ، وان أحيائها غير عالم بالاقطاع خير المقطع بين أن يعطى المحي نفقة عمارته وتكون الأرض له ، وبين أن يترك عليه الأرض وبأخذ قيمتها قبل العماره استدلالا برواية معمر عن أبي نجيح عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع أقواما فجاء آخرون في عهد عمر فأحيوها فقال لهم عمر رضى الله عنه حين فزعوا اليه : تركتموهم يعملون ويأكلون ثم جئتم تغيرون عليهم لولا أنها قطيعة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أعطيتكم شيئا ، ثم قومها عامرة وقومها غير عامرة ، ثم قال لأهل الاصل : ان شئتم فردوا عليهم ما بين ذلك وخذوا أرضكم ، وان شئتم ردوا عليكم ثمن أرضكم ثم هي لهم ،

ودليلنا على أنها ملك المحي بكل حال دون المقطع ، قوله صلى الله عليه وسلم من أحيأ أرضا مواتا فهي له ، ولأن الاقطاع لا يوجب التملك ، والاحياء يوجب التملك ، فإذا اجتمعا كان ما أوجب التملك أقوى حكما مما لم يوجبه . فأما حديث عمر رضى الله عنه فقد قال في قضيته : لولا أنها قطيعة رسول الله (ص) ما أعطيتكم شيئا ، فدل على أن من رآه أنها للمحيي ، وأنها عدل عن هذا الرأي لما توجه اليها من اقطاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره أن يبطله ، فاستنزل الخصمين الى ما قضى به مراعاة لا جبرا .

فان كان المقطع قد حجرها وجمع ترايبها حتى تميزت عن غيرها فجاء غيره فعمرها وحرثها نظر ، فان كان المقطع مقبها على عمارتها حتى تغلب عليها الثاني فعمرها فهي الأول ويكون الثاني متطوعا بعمارته ، وان كان المقطع قد ترك عمارتها فعمرها الثاني فهي الثاني دون الأول ، وهكذا لو كان الأول قد بدأ بالعمل من غير اقطاع فهذا حكم الاقطاع .

(فرع) مضى ما سقناه من حديث أبيض بن حمال الذي وفد إلى النبي (ص) استقطعه الملح ثم انتزعه منه لما علم أنه كالماء العد ، وفي إقطاع المعادن روى أحمد وأبو داود عن ابن عباس قال : أقطع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بلال بن الحارث المازني معادن القبلية جلسيها وغوريها ، وحيث يصلح الزرع من قدس ولم يعطه حق مسلم ،

وفي إسناده أبي أويس عبد الله بن عبد الله أخرج له مسلم في الشواهد وضعفه غير واحد . قال أبو عمر بن عبد البر : هو غريب من حديث ابن عباس ليس يرويه عن أبي أويس غير ثور . وحديث عمرو بن عوف رواه أحمد وأبو داود أيضا بمعنى حديث ابن عباس ، وفي إسناده ابن ابنه كثير بن عبد الله بن عمرو ابن عوف عن أبيه عن جده .

والأحاديث الواردة في جواز أن يقطع الإمام من يأنس منه صلاحا مكانا فيه معادن غير ظاهرة حتى يعالج أمرها بالعمل والتنقيب والبحث . ومن ثم فقد انتزع ما أقطعه من أرض مارب للأبيض بن حمال عندما علم أن الملح فيها كالماء الجاري ويشترط في إقطاع المعادن أن يكون في موات لا يختص به أحد . وهذا أمر متفق عليه .

وقال في فتح الباري : حكى عياض أن الإقطاع تسوية الإمام من مال الله شيئا لمن يراه أهلا لذلك ، وأكثر ما يستعمل في الأرض : وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه ، إما بأن يملكه إياه فيعمره ، وإما بأن يجعل له غلته مدة . قال السبكي : والثاني هو الذي يسمى في زماننا هذا إقطاعا ولم أر أحدا من أصحابنا ذكره . وتخرجه على طريق فقهى مشكل . قال والذي يظن أنه يحصل للمعظم اختصاص كاختصاص المتحجر ولكنه لا يملك الرقبة ، وبهذا جزم الطبري ، وادعى الأذرعى نفي الخلاف في جواز تخصيص الإمام ببعض الجند بغلة أرضه إذا كان مستحقا لذلك . هكذا في الفتح

وحكى صاحب الفتح أيضا عن ابن التين أنه إنما يسمى إقطاعا إذا كان من أرض أو عقار ، وإنما يقطع من الفى . ولا يقطع من حق مسلم ولا معاهد ،

قال : وقد يكون الإقطاع تمليكاً وغير تمليك ، وعلى الثاني يحمل إقطاعه صلى الله عليه وسلم . وذكر الخطابي وجهاً آخر فقال : إنما يحصى من الأراك ما بعد عن حضرة العبارة فلا تبلغه الإبل الرائحة إذا أرسلت في الرعى اهـ

إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز للإمام أن يقطع ما لا يجوز لإحياؤه من المعادن الظاهرة لأن النبي صلى الله عليه وسلم استعاد من أبيض بن حمال ما أقطعه ، لأنه وإن كان فيه توسعة على المقطع له إلا أن فيه تضيقاً على المسلمين فإذا رأى الإمام أن مكاناً نائباً عن العمران فيه من المعادن والمواد الأولية ما يدخل في منافع الناس ، وهو من المعادن الظاهرة ، إلا أن يُبعد مكانها عن العمران يجعلها في حكم المعادن الباطنة ، لأن حملها ونقلها إلى حيث المنتفعون بها عمل يفوق أحياناً مزية التنقيب والحفر .

وقد تكون المعادن الظاهرة هي في حقيقةها مركبة من مواد مختلفة يحتاج فصلها بعضها عن بعض إلى مصانع ومعامل كالفسفات والمنجنيز ، وثاني أكسيد الكالسيوم الذي يستخرج من الجير وهو يمثل نسبة عالية في الجير تبلغ النصف منه قدراً ووزناً ، ومع ذلك فإن الجير مع احتوائه على ثاني أكسيد الكالسيوم يباع الطن منه بقروش معدودة في حين أن ثاني أكسيد الكالسيوم يباع بالجرام والسبب في ذلك هو نفقات استخلاصه ومؤنة تمييزه

ومن ثم يجوز للإمام أن يقطع المنساجم والمخاجر المحتوية على الحامات الظاهرة إذا قصد تصديرها واستخلاص المواد النافعة الثينة منها ، وذلك يساوى التنقيب عن المعادن الباطنة .

(فرع) مضي كلامنا في أمر كان يعده الفقهاء من الإقطاع ويعدد المخزنون في زماننا هذا باسم الترخيص ، وهو إذن الساطان ، فإذا أراد أحد التجار أن يشغل الطريق أمامه استأذن الحاكم فمنحه رخصة يتحدد فيها المساحة المأذون في شغلها نظير مكوس يؤديها توقف على تعبيد الطرق وتنظيفها وإنارة الشوارع وصيانتها من الروائح الكريهة والمزابل المؤذية وهي من الأمور التي تناط باجتماع السلطان وبصره بالأمور ونظيره في صلاح رعيته ، والله اعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز لأحد أن يحمي مواتاً لينعم الأحياء ورعى ما فيه من الكلا . لما روى الصعب بن جثامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا حمى إلا لله ولرسوله ، فأما الرسول عليه السلام فإنه كان يجوز له أن يحمي لنفسه وللمسلمين ، فأما لنفسه فإنه ما حمى وليكنه حمى للمسلمين . والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه ، أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع لحيل المسلمين ، وأما غيره من الأئمة فلا يجوز أن يحمي لنفسه للخبر . وهل يجوز أن يحمي لحيل المجاهدين ، ونعم الجزية ، وإبل الصدقة وماشية من يضعف عن الإبعاد في طلب النجعة ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا يجوز للخبر . والثاني يجوز لما روى عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال : أتى أعرابي من أهل نجد عمر فقال : يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام ، فعلام تحميها ؟ فأطرق عمر رضي الله عنه وجعل ينفخ ويفتل شاربته — وكان إذا كره أمراً فتل شاربته ونفخ — فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك : فقال عمر : المال مال الله . والعباد عباد الله ، فلولاً ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شبراً في شبر ، قال مالك : نبئت أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفاً من الظهر ، وقال مرة من الحيل .

وروى زيد بن أسلم عن أبيه ، أن عمر رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيئاً على الحمى وقال له : يا هنيئ اضمم جناحك عن الناس ، واتق دعوة المظلوم ، فإن دعوة المظلوم مجابة . وأدخل رب الصريمة والغنيمة . وإياك ونعم ابن عوف . وإياك ونعم ابن عفان ، فإنهما إن تملك ما شبتها يرجعا إلى نخل وزرع وإن رب الصريمة ورب الغنيمة إن تملك ما شبتها فيأتيا فيقولان : يا أمير المؤمنين ، يا أمير المؤمنين ، أفتاركهم أنا لا أبالك ، إن الماء والكلاء أيسر عندي من الذهب والورق ، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله

ما حميت عليهم من بلادهم شبراً ، فإن حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً
لحاجة والحاجة باقية لم يجوز إحيائها . وإن زالت الحاجة ففيه وجهان :
(أحدهما) يجوز لأنه زال السبب .

(والثاني) لا يجوز لأن ما حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم نص ، فلا
يجوز نقضه بالاجتهاد ، وإن حماه إمام غيره وقلنا : إنه يصح حماه فأحياء رجل ؛
ففيه قولان (أحدهما) لا يملكه كما لا يملك ما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم
(والثاني) يملك لأن حمى الإمام اجتهاد ، وملك الأرض بالإحياء نص ، والنص
لا ينقض بالاجتهاد

(الشرح) حديث الصعب بن جثامة رواه أحمد وأبو داود والبخاري والنسائي
ولفظ النسائي هو الذي ساقه المصنف ، ولفظ أحمد وأبو داود أن النبي
صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال : لا حمى إلا لله ولرسوله ، ونعمة رواية
البخاري هكذا : وقال : بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر
حمى شرف والربذة ، وأخرج الحديث أيضاً الحاكم وقال البيهقي : إن قوله حمى
النقيع ، من قول الزهري .

وقد روى الحديث النسائي فذكر الموصول فقط وهو قوله لا حمى إلا لله
ولرسوله ، ويؤيد ما قاله البيهقي أن أبا داود أخرجه من حديث ابن وهب عن
يونس عن الزهري فذكره وقال في آخره قال ابن شهاب : وبلغني أن النبي (ص)
حمى النقيع . قال بعض المحدثين : وقد وهم الحاكم فزعم أن حديث لا حمى إلا لله
متفق عليه ، وهو من أفراد البخاري ، وتبع الحاكم في وهمه أبو الفتح القشيري
في الإمام وابن الرقعة في المطلب .

والصعب بن جثامة بتشديد المثلثة مع فتح الجيم اللبني ، صحابي مات في خلافة
أبي بكر على ما قيل ، والأصح أنه عاش إلى خلافة عثمان رضي الله عنه .
وحديث ابن عمر رواه أحمد وابن حبان . والنقيع بالنون مكان معروف .
وحكى الخطابي أن بعضهم صحفه فقال بالموحدة ، وهو على قدر عشرين فرسخاً
من المدينة ومساحته ميل في ثمانية أميال ، أفاده ابن وهب في موطنه ، وأهل

النقيع كل موضع يستنقع فيه الماء ، وهذا النقيع المذكور غير نقيع الخضعات
الذي جمع فيه أسعد بن زرارة بالمدينة على المشهور . وقال ابن الجوزي : إن
بعضهم قال : إنها واحد والاول أصح

وأثر عمر سقناه في الفصل قبله في الرد على مالك ، وأما خبر تولية هني
مولى عمر فقد رواه البخاري عن أسلم مولى عمر وأخرجه عن الدراوردي عن
زيد بن أسلم عن أبيه بلفظ المصنف . وأخرجه عبد الرزاق عن معمر عن
الزهري مرسل

أما الأحكام فإن الحمى هو المنع من إحياء الموات ليتوفر فيه الكلا فترعاه
المواشي ، لأن الحمى في كلامهم هو المنع ، والحمى على ثلاثة أنواع : حمى حماه
رسول الله (ص) فقد روى أنه وقف على جبل يعمل فصلي عليه ثم قال : هذا
حمى وأشار إلى النقيع وهو قدر ميل في ثمانية . وقال الماوردي سنة أميال فخماه
لخيل المسلمين . ولأن اجتهاد رسول الله صلى الله عليه وسلم في أمته أمضى ،
وقضاؤه فيهم أنفذ ؛ وكان ما حماه لمصالحهم أولى أن يكون مقراً من
إحيائهم وعمايتهم .

فأما حمى الامام بعده فإن أراد أن يحمى لنفسه أو لأهله أو الأغنياء خصوصاً
لم يجوز ، وكان ما حماه مباحاً لمن أحياه .

وان أراد أن يحمى لخيل المجاهدين ونعم الجزية والصدقة ومواشي الفقراء
نظر ، فإن كان الحمى يضر بكافة المسلمين فقرائهم وأغنيائهم اضيق الكلا عليهم
لحمى أكثر مواتهم لم يجوز . وان كان لا يضر بهم لأنه قليل من كثير يكتفي
المسلمون بما بقي من مواتهم ففيه قولان

(أحدهما) لا يجوز أن يحمى لرواية مجاهد عن ابن عباس قال ، قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : المسلمون شركاء في ثلاثة . الماء والنار والكلا
وثمته حرام ، وسيأتي تخريجه في باب حكم المياه ، وحديث الصعب بن
جثامة الذي سبق .

(والقول الثاني) يجوز له أن يحيي لما فيه من صلاح المسلمين ، ولما روى أن
أبا بكر رضى الله عنه حى الربذة لإبل الصدقة واستعمل عليها مولاه أبا أسامة
وتولى عليه قطبة بن مالك الثعلبي رضى الله عنه وحى عمر رضى الله عنه الشرف
فحى منه نحر ما حى أبو بكر بالربذة ، وولى عليه مولى له يقال له : هنى وقال :
يا هنى اضم جناحك على المسلمين واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مستجابة
وأدخل رب الصريمة - وهى بالتصغير القطعة من الابل نحو الثلاثين أو ما بين
المشرة إلى الأربعين - ورب الغنيمة ما بين الأربعين إلى المائة من الشاء والغنم
وتفرد به راع واحد - وإياى ونعم ابن عوف - يعنى عبد الرحمن - ونعم ابن
عفان - يعنى عثمان - فإنهما إن تملك ماشيتهما يرجعان الى نخل وزرع ، ورب
الصريمة ورب الغنيمة إن تملك ماشيتهما يأتينى ببنيه يقول : يا أمير المؤمنين ،
أفتاركهم أنا لا أبالك ، فالساء والكلأ أيسر من الذهب والورق - وعمر بهذا
يلزم نفسه ويلزم أمراء المسلمين بعده بأن عليهم عوض ما هلك من أموال الرعية
بسبب تقصيرهم فى حفظ أموالهم وعنده أن توفير المرعى والكلأ أيسر من توفير
الذهب والفضة يبذلها فى تعويض ما تلف على رب الصريمة والغنيمة ثم يقول :
وايم الله إنهم ليرون أنى قد ظلمتهم ، لها البلادهم قاتلوا عليهم فى الجاهلية وأسلموا
عليها فى الاسلام .

وهكذا يعطى تقويماً صحيحاً وتقديراً سليماً لمقومات الوطنية عند الشعب وهم
الرعية ومقومات الديمقراطية والعدل عند الحاكم حين يسمح لرعيته أن يتهموه
بالظلم إذا قصرت الدولة فى بذل الخدمات وتأمين سلامة الرعية وهو حى من
أرضهم جزءاً للمرعى فيجب ألا يسمح للأغنياء والقادرين أن يزاحمهم فى مراعيهم
لأن لهم من بسايتهم ومزارعهم غنية عن مزاحمة الفقراء .

والحنى فيه نفع للفقراء والأغنياء ، أما الفقراء فلأنه مرعى صدقاتهم ، وأما
الأغنياء فلنخيل المجاهدين عنهم ، وأما قوله صلى الله عليه وسلم (لا حى إلا الله)
فمناه لا حى إلا أن يقصد به وجه الله ، كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم

فيسلم فيها للفقراء المسلمين ومصالحهم يخالف فيه فعل الجاهلية فإن الذي في الجاهلية كان إذا استولى على بلد أوتى بكاب لجعله على جبل أو على نحر من الأرض واستعداه فحيث انتهى عواؤه حماه لنفسه ، فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيها سواء ، وهكذا كان كليب بن وائل إذا أعجبه روضة ألقى فيها كابا وحى الى مفتى عوائه وفيه يقول معبد بن شعبة الضبي :

كفعل كليب أنبت أنه يرى يخطط أكلاء المياه ويمنع

وقال العباس بن مرداس :

كما كان ينفيم — كليب لظلمه من العز حتى صاح وهو قتيلا
على وائل إذ يترك الكاب هائجا وإذا يمنع الأكلاء منها حلولا

وأما حى الواحد من عوام المسلمين فحضور وحماه مباح ، ان حى لنفسه فقد تحكم وتعدى بمنعه ، وان حى للمسلمين فليس من أهل الولاية عليهم ولا من يؤثر اجتهاده لهم ، وقد أخرج الشيخان عن أبي هريرة رضى الله عنه مرفوعا « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلاء » .

فلو أن رجلا من عوام المسلمين حى مواتا ومنع الناس منه زمانا رماه وحده ، ثم ظهر الامام عليه ورفع يده عنه لم يقرمه ما رماه لأنه ليس بمالك ، ولا يعززه لأنه أحد مستحقيه وليكن ينهاه عن مثله من التعدى . فاما أمير البلد ووالى الاقليم اذا رأى أن يحى لمصالح المسلمين كالامام فليس له ذلك الا بإذن الامام ، لأن اجتهاد الامام أعم .

ولكن لو أن والى الصدقات اجتمعت معه ماشية الصدقة ، وقل المرعى لها وخاف عليها ألتلف ان لم يحم الموات لها : فإن منع الامام من الحى كان والى الصدقات أولى ، وان جوز الامام الحى ففى جوازه لوالى الصدقات عند ما ذكرنا من حدوث الضرورة به وجهان .

(أحدهما) يجوز كما يجوز عند الضرورة أن يبيع ما بيده من مال الصدقة ،

وإن كان بيعها لا يجوز من غير الضرورة ، فعلى هذا يتقدر الحمى بزمان الضرورة ، ولا يستديم بخلاف حمى الامام .

(والوجه الثاني) لا يجوز أن يحمى لأنه ليس له أن يرفع الضرر عن أموال الفقراء بإدخال الضرر على الأغنياء ، ويكون الضرر - إن كان - بالفريقين معاً ؛ وهذا أصح الوجهين كما أفاده الماوردي في الحاوى الكبير .

(فرع) إذا حمى الامام موأناً وصححناه وقلنا : انه كحمى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأحياء رجل من عامة المسلمين فهل يملك بإحيائه أم لا ؟ قال الماوردي تبعاً للشيخ أبي إسحاق : فيه قولان .

أحدهما : لا يملك المحي ما أحياه من حمى الامام كما لا يملك حمى النبي صلى الله عليه وسلم لأن كليهما حمى محرم .

والقول الثاني : يملك بالاحياء ، وإن منع منه لأن حمى الامام اجتهاد وملك الموات بالاحياء نص ؛ والنص أثبت حكماً من الاجتهاد والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

باب حكم المياة

الماء اثنان ، مباح وغير مباح ، فأما غير المباح فهو ما ينبع في أرض مملوكة ، فصاحب الأرض أحق به من غيره ، لأنه على المنصوص : يملكه ، وعلى قول أبي إسحاق : لا يملكه ، إلا أنه لا يجوز لغيره أن يدخل إلى ملكه بغير إذنه ، فكان أحق به ، وإن فضل عن حاجته واحتاج إليه الماشية للكلأ لزمه بدله من غير هوض . وقال أبو عبيد بن حرب : لا يلزمه بذله كما لا يلزمه بذل الكلأ للماشية ولا بذل الدلو والحبل ليستقي به الماء للماشية ، والمذهب الأول لما روى لياس بن عمرو أن النبي (ص) نهى عن بيع فضل الماء .

وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته . وبخلاف الكلأ فإنه لا يستخلف عقيب أخذه ، وربما احتاج إليه الماشية قبل أن يستخلف فتمالك ماشيته

والماء يستخلف عقيب أخذه وما ينقص من الدلو والحبل لا يستخلف ، فيستضر بالضرر لا يزال بالضرر ، ولا يلزمه بذل فضل الماء للزرع ، لأن الزرع لا حرمة له في نفسه ، والماشية لها حرمة في نفسها ، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه ، ولو كانت الماشية له لزمه سقيها ، وإن لم يفضل الماء عن حاجته لم يلزمه بذله ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم علق الوعيد على منع الفضل . ولأن ما لا يفضل عن حاجته يستضر ببذله ؛ والضرر لا يزال بالضرر .

(الشرح) حديث إياس بن عمرو عند أهل السنن وصححه الترمذى . وقال أبو الفتح القشيري : هو على شرط الشيخين وقد رواه مسلم في صحيحه من حديث جابر مرفوعا . أما حديث أبي هريرة فقد وجدته عند الشيخين بلفظ « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به السكلا » ، وللبخارى « لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل السكلا » ، وعند أحمد من حديث أبي هريرة أيضا « ولا يمنع فضل ماء بعد أن يستغنى عنه » ، أما اللفظ الذي ساقه المصنف معزوا إلى أبي هريرة فإنه - جدته عند أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ولفظه « من منع فضلا مائه ، أو فضل كائه . منعه الله عز وجل فضله يوم القيامة » ، وفي إسناده محمد بن راشد الخزاعي وهو ثقة وقد ضعفه .

قال ابن حجر : صدوق يهيم ، ورعى بالقدر ، ورواه الطبراني في الصغير عن عمرو بن شعيب ورواه في الكبير من حديث وائلة بلفظ آخر وإسناده ضعيف والأحاديث يشهد بعضها لبعض ويشهد لها جميعا حديث أبي هريرة عند الشيخين وحديث عائشة عند أحمد وابن ماجه « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يمنع نفع البئر » ، وحديث جابر عند مسلم « نهى عن بيع فضل الماء » ، وفي مسند عبد الله بن أحمد عن عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين أهل المدينة في النخل أن لا يمنع نفع بئر وقضى بين أهل البادية أن لا يمنع فضل ماء ليمنع به السكلا » ، والنفع الماء الفاضل فيها عن حاجة صاحبها ، وقوله « فضل الماء » المراد به ما زاد على الحاجة ويؤيد ذلك ما أخرجه أحمد من حديث أبي هريرة بلفظ « ولا يمنع فضل ماء بعد أن يستغنى عنه » .

قال ابن حجر في فتح الباري : وهو محمول عند الجمهور على ماء البئر المحفورة في الأرض المملوكة . وكذلك في الموات إذا كان لقصد التملك ، والصحيح عند الشافعية ونص عليه في القديم وحرمة أن الحافر يملك ما دها .

وأما البئر المحفورة في الموات لقصد الارتفاق لا التملك فإن الحافر لا يملك ما دها بل يكون أحق به إلى أن يرتحل . وفي الصورتين يجب عليه بذل ما يفضل عن حاجته . والمراد حاجة نفسه وعياله وزرعه وماشيتة ، هذا هو الصحيح عند الشافعية ، وخص المالكية هـ هذا الحكم بالموات . وقالوا في البئر التي لا تملك لا يجب عليه بذل فضلها . وأما الماء المحرز في الإناء فلا يجب بذل فضله لغير المضطر على الصحيح . اهـ

قال في البحر : والماء على ضرب ، حق إجماعاً كالأنهار غير المستخرجة والسيل ، وملك إجماعاً كما يحرز في الجرار ونحوها ، ويختلف فيه ماء الآبار والعيون والقنا المحفورة في الملك اهـ

قال ابن بطال : لا خلاف بين العلماء أن صاحب الحق أحق بمائه حتى يروى قال الحافظ ابن حجر ، وما نفاه من الخلاف هو على القول بأن الماء يملك ، فيكأن الذين يذهبون إلى أنه يملك وهم الجمهور هم الذين لا خلاف عندهم في ذلك وقد استدلل بتوجه النهي إلى الفضل على جواز بيع الماء الذي لا فضل فيه . وقد تقدم في أبواب البيوع بحوث مستفيضة من المجموع فاشدد بها يدك .

وقوله « ليمنع به الكلاء » هو النبات ، رطبه ويابس ، والمعنى أن يكون حول البئر كلاءً ليس عنده ماء غيره ، ولا يمكن أصحاب المواشي رعيه إلا إذا مكثوا من سقى بهائهم من تلك لئلا يتضرروا بالعطش بعد الرعى ، فيسألزم منعهم من الماء منعهم من الرعى ، وإلى هذا التفسير ذهب الجمهور . وعلى هذا يختص البذل بمن له ماشية ، ويلحق به الرعاة إذا احتاجوا إلى الشرب ، لأنه إذا منعهم من الشرب امتنعوا من الرعى هناك .

ويحتمل أن يقال يمكنهم حمل الماء لأنفسهم لقله ما يحتاجون إليه منه بخلاف البهائم ، والصحيح الأول ، ويلحق بذلك الزرع عند مالك ، والصحيح عند الشافعية وبه قالت الحنفية الاختصاص بالماشية . وفرق الشافعي فيما حكاه المازني

عنه بين المواشي والزرع ، بأن الماشية ذات أرواح يخشى من عطاشها موتها ، بخلاف الزرع . وبهذا أجاب النووي وغيره .

واستدل مالك بحديث جابر في صحيح مسلم الذي ذكرناه لا طلاقه وعدم تقييده ، وتعقب بأنه يحمل على المقيد ، وعلى هذا لو لم يكن هناك كلاً يرعى فلا منع من المنع لانتفاء العلة . على أنه ليس هناك صارف يصرف الزمى عن معناه الحقيقي من التحريم ، لا سيما وأن الزمى مصحوب في بعض روايات الحديث بالوعيد . وقال في الفتح ، وظاهر الحديث وجوب بذله مجاناً وبه قال الجمهور . وقيل : لصاحبه طلب القيمة من المحتاج إليه كما في طعام المضطر وتعقب بأنه يلزم منه جواز البيع حالة امتناع المحتاج من بذل القيمة ، ورد بمنع الملازمة فيجوز أن يقال يجب عليه البذل وتثبت له القيمة في ذمة المبدول له ، فيكون له أخذ القيمة منه متى أمكن ، ولكنه لا يخفى أن رواية لا يباع فضل الماء ، ورواية الزمى عن بيع فضل الماء بدلان على تحريم البيع ، ولو جاز له أخذ العوض لجاز له البيع . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما المباح فهو الماء الذي ينبع في المواضع ، فهو مشترك بين الناس لقوله صلى الله عليه وسلم : الناس شركاء في ثلاثة ، الماء والنار والكلا ، فمن سبق منهم إلى شيء منه كان أحق به ، لقوله صلى الله عليه وسلم : من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به ، فإن أراد أن يسقى منه أرضاً ، فإن كان نهراً عظيماً كالنيل والفرات وما أشبههما من الأودية العظيمة ، جاز أن يسقى منه ما شاء ومتى شاء ، لأنه لا ضرر فيه على أحد ، وإن كان نهراً صغيراً لا يمكن سقي الأرض منه إلا أن يحبسها ، فإن كانت الأرض متساوية ، بدأ من أول النهر ، فيحبس الماء حتى يسقى أرضه إلى أن يبلغ الماء إلى الكعب ، ثم يرسله إلى من يليه ، وعلى هذا إلى أن تنفذ الأرض ، لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم : قضى في شرب نهر من سيل أن للأعلى أن يشرب قبل الأسفل ، ويجعل الماء فيه إلى الكعب ، ثم يرسله إلى الأسفل الذي يليه كذلك ، حتى تنفذ

الأرضون ، وروى عبد الله بن الزبير أن الزبير ورجلا من الأنصار تنازعا في شراج الحرة التي يسقى بها النخل ، فقال الأنصارى للزبير : مروح الماء ، فأبى الزبير ، فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله (ص) للزبير : اسق أرضك ثم أرسل الماء إلى أرض جارك ، فقال الأنصارى : أن كان ابن عمك يا رسول الله ؟ فتلو من وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال يا زبير اسق أرضك واحبس الماء إلى أن يعلم الجذر ،

وإن كانت الأرض بعضها أعلى من بعض ولا يقف الماء في الأرض العالية إلى الكعب حتى يقف في الأرض المستقلة إلى الوسط : فيسقى المستقلة حتى يبلغ الماء إلى الكعب ، ثم يسدها ويسقى العالية حتى يبلغ الكعب ؛ فإن أحيا جماعة أرضا على هذا النهر وسقوا منه ، ثم جاء رجل فأحيا أرضا في أعلاه إذا سقى أرضه استضر أهل النهر ، منع من ذلك ، لأن من ملك أرضا ملكها بمرافقها ، والنهر من مرافق أرضهم فلا يجوز مضايقتهم فيه

(الشرح) حديث « الناس شركاء ، رواه أحمد وأبو داود عن أبي خراش عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلا والنار ،

ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه « وثمنه حرام ، وقد رواه أبو نعيم في الصحابة في ترجمة أبي خراش ، ولم يذكر الرجل ، وقد سئل أبو حاتم عنه فقال أبو خراش لم يدرك النبي (ص)

وقد وجدت عن كنيته أبو خراش في الصحابة ، وهو حدر بن أبي حدر الاسلمى وهو صحابي

قال ابن حجر في التقريب : له حديث واحد . ووجدت هذا الحديث يذكره ابن الأثير في أسد الغابة يقول : روى جندل بن واثق عن يحيى بن يحيى الاسلمى عن سعيد بن مقلاص عن الوليد بن أبي الوليد عن عمران بن أبي أنس عن حدر الاسلمى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « هجرة الرجل أخاه سنة كسفك دمه ، ووجدت أبا داود يسميه في روايته حبان بن زيد وفي هامش فتح اللام

أبو خديش حبان بن زيد الشرعي ثقة لم يعرفه ابن حزم فقال : انه مجهول . انتهى .

وقال ابن حجر في التقريب : حبان بن زيد الشرعي أبو خديش ثقة . أخطأ من زعم أن له صحبة .

وقال في بلوغ المرام : عن رجل من الصحابة قال : غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم فسمعتنه يقول : الناس شركاء في ثلاثة . السكلا والماء والنار ، رواه أحمد وأبو داود ورجاله ثقات .

قلت ، والجهالة بالصحابي لا تؤثر في صحة الحديث كما هو معروف عند المحدثين ، لأنهم رضوان الله عليهم عدول أجمعون .

* * *

وأما رواية ابن عباس عند ابن ماجه والتي فيها : وثمنه حرام ، ففيها عبد الله ابن خراش ، وهو متروك ، وقد صححه ابن السكن ، ويشهد لرواية ابن عباس رواية أبي خراش ورواية أبي هريرة عند ابن ماجه . وعبد الله بن أحمد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع الماء والنار والسكلا ،

* * *

وأما حديث من سبق الخ ، فقد مر تخريجه في غير موضع وحديث عبادة بن الصامت رواه ابن ماجه وعبد الله بن أحمد والبيهقي والطبراني وفيها انقطاع بلفظ : أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في شرب النخل من السبيل أن الأعلى يشرب قبل الأسفل ويترك الماء إلى الكعبيين ثم يرسل الماء إلى الأسفل الذي يليه . وكذلك حتى تنقضي الحوائط أو يفنى الماء ،

ورواها عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في سبيل مهزور أن يمسك حتى يبلغ الكعبيين ثم يرسل الأعلى إلى الأسفل ، رواه أبو داود وابن ماجه ، وفي إسناده عبد الرحمن بن الحرث المخزومي المديني تكلم فيه الإمام أحمد .

وقال الحافظ في الفتح : إن إسناده هذا الحديث حسن ورواه الحاكم في المستدرک من حديث عائشة أنه قضى في سيل مهزور أن الأعلى يرسل إلى الأسفل ويحبس قدر الكعبين . وأعله الدارقطني بالوقف وصححه الحاكم ، ورواه ابن ماجه وأبو داود من حديث ثعلبة بن أبي مالك . ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن أبي حاتم القرظي عن أبيه عن جده أنه سمع كبراهم يذكر أن رجلا من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مهزور السيل الذي يقسمون مائه فقضى بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الماء إلى الكعبين لا يحبس الأعلى الأسفل ، ومهزور وادي بني قريظة بالحجاز . قال ابن الأثير : أما مهروز بتقديم الراء على الزاي فموضع سوق المدينة .

وهذه الأحاديث تدل على أن الأعلى تستحق أرضه الشرب بالسيل والنيل وماء البئر قبل الأرض التي تحتها ؛ وأن الأعلى يمسك الماء حتى يبلغ الكعبين أي كعب رجل الإنسان الواقفين عند مفصل الساق والقدم ثم يرسله بعد ذلك . وقال صاحب البحر : إن الماء إذا كان قليلا فحده أن يعم أرض الأعلى إلى الكعبين في النخيل وإلى الشراك في الزرع لقضائه صلى الله عليه وسلم بذلك في خبر عبادة بن الصامت . قال : وأما قوله صلى الله عليه وسلم للزبير : اسق أرضك حتى يبلغ الجدر ، فقليل : عقوبة لخصمه ، وقيل : بل هو المستحق ، وكان أمره صلى الله عليه وسلم بالتفضل ، فإن كانت الأرض بعضها مطمئن فلا يبلغ في بعضها الكعبين إلا وهو في المطمئن إلى الركبتين ، قدم المطمئن إلى الكعبين ثم حبسه وسقى باقيها .

وقال أبو طالب : العبرة بالكفاية للأعلى .

أما حديث الزبير فقد رواه أصحاب الكتب الستة وهو عند الخمسة من رواية عبد الله بن الزبير عن أبيه وعند النسائي من رواية عبد الله بن الزبير لم يذكر فيه عن أبيه وللبخاري في رواية قال : خاصم الزبير رجلا - وذكر نحوه - وزاد فيه : فاستوعى رسول الله صلى الله عليه وسلم حينئذ للزبير حقه ، وكان قبل ذلك قد أشار على الزبير برأى فيه سعة له وللانصارى ، فلما أحفظ الانصارى رسول الله صلى الله عليه وسلم استوعى للزبير حقه في صريح الحكم .

قال عروة : قال الزبير ، فوالله ما أحسب هذه الآية نزلت الا في ذلك ،
 (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم
 حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً ، رواه أحمد كذلك لكن قال ، عن عروة بن
 الزبير أن الزبير كان يحدث أنه خاصم رجلاً وذكره جده من سنده وزاد البخاري في
 روايته . قال ابن شهاب فقد رت الانصار والناس قول رسول الله صلى الله عليه وسلم
 « اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع الى الجدر ، فكان ذلك الى السكعين ، وقد
 جاء هذا الحديث عند المحدثين في أبواب الاقضية وأن القاضي اذا حكم وهو غضبان
 صبح ان صادف الحق لانه صلى الله عليه وسلم قضى للزبير بعد أن أغضبه الرجل ولا يخفى
 أنه لا يصح الحاق غيره صلى الله عليه وسلم به لانه معصوم فلا يدل حكمه صلى الله
 عليه وسلم وهو غضبان على جواز ذلك للقضاة ، والنبي صلى الله عليه وسلم
 معصوم عن الحكم بالباطل في غضبه ورضاه بخلاف غيره ، ولهذا ذهب بعض
 الحنابلة الى أنه لا ينفذ الحكم في حال الغضب لثبوت النهي عنه ، وسيأتي مزيد اوضح
 ان شاء الله تعالى في كتاب الاقضية ، وقد رواه مالك في موطنه من حديث
 عروة عن أبيه .

والرجل المبهمة الذي خاصم الزبير هو ثعلبة بن حاطب ، وقيل حميد ، وقيل
 حاطب بن أبي بلتعة ولا يصح لأنه ليس أنصاري ، وقيل : انه ثابت بن قيس بن
 شماس ، وانما ترك النبي صلى الله عليه وسلم قتله بعد أن جاء في مقاله بما يدل على
 أنه صلى الله عليه وسلم جار في الحكم لاجل القرابة لان ذلك كان في أوائل الاسلام
 وقد كان صلى الله عليه وسلم يتألف الناس اذ ذاك كما ترك قتل عبد الله بن أبي بعد
 أن جاء بما يسوغ به قتله .

وقال القرطبي : يحتمل أنه لم يكن منافقاً بل صدر منه ذلك عن غير قصد ،
 كما اتفق لحاطب بن أبي بلتعة في قصة تخايره مع العدو ومسطح في قصة الاثك
 وحمزة وغيرهم ممن بدره لسانه بدرة شيطانية .

على أن الحكم في هذا الفصل يأتي هكذا : اذا كان الماء صغير المجرى بحيث
 يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائه أو سمل يتشاح الناس من أصحاب الارض
 الشاربة منه فيه : فإنه يبدأ بمن في أول النهر فيسقى ويحبس الماء حتى يبلغ الى

السكع ثم يرسل إلى الذي يليه فيصنع كذلك ، وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضى كلها : فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثانى أو عن يليهم فلا شيء للباقيين ، لأنه ليس لهم إلا ما فضل ، فهم كالعصبة فى الميراث ، وهذا قول الفقهاء من أهل المدينة ومالك والشافعى وأحمد ولا نعلم فيه مخالفاً ، والأصل فيه حديث الزبير ، قال الزهرى : نظرنا فى قول النبي صلى الله عليه وسلم ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر ، فوجدنا ذلك إلى السكعين .

قال أبو عبيد : الشراج جمع شرج ، والشرج نهر صغير ، والحرة أرض ملتبسة بحجارة بركانية سود ، والجدر الجدار ، وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم الزبير أن يسقى ثم يرسل الماء تسيلاً على غيره ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اشترك جماعة فى استنباط عين اشتركوا فى ماؤها : فإن دخلوا على أن يتساووا ، تساووا فى الإنفاق ، وإن دخلوا على أن يتفاضلوا تفاضلوا فى الإنفاق ، ويكون الماء بينهم على قدر النفقة ، لأنهم استفادوا ذلك بالإنفاق فكان حقهم على قدره ، فإن أرادوا سقى أراضيهم بالمياه يأتى يوماً يوماً جاز ، وإن أرادوا قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الأراضى وتفتح فيها كوى على قدر حقوقهم ، فتخرج حصة كل واحد منهم إلى أرضه ، فإن أراد أحدهم أن يأخذ حقه من الماء قبل المقسم فى ساقية يحفرها إلى أرضه منع من ذلك ، لأن حريم النهر مشترك بينهم ، فلا يجوز لواحد منهم أن يحفر فيه ، فإن أراد أن ينصب رصاً قبل المقسم ويديرها بالماء منع من ذلك ، لأنه يتصرف فى حريم مشترك ، فإن أراد أن يأخذ الماء ويسقى به أرضاً أخرى ليس لها رسم يشرب من هذا النهر منع منه لأنه يجعل لنفسه شرباً لم يكن له ، كما لا يجوز لمن له داران متلاصقان فى دربين أن يفتح من أحدهما باباً إلى الأخرى فيجعل لنفسه طريقاً لم يكن له ، والله تعالى أعلم .

(الشرح) قوله : بالمياه يأتى أى بالمناوبة . وقوله : كوى جمع كوة بضم الكاف وتشديد الواو مثل مديّة ومدى وتفتح أيضاً وهى الثقب فى الحائط .

إذا كان النهر لجماعة وقد قلنا فيما مضى إن النهر المحي في موات يكون لمحبيه حقوق الملك ، وإن لم يكن مالكا فهو بينهم على حسب العمل والنفقة أو على حسب اتفاقهم ، لأنه إنما كان لهم حق الملك بالعمارة والعمارة بالنفقة ، فإن كفى جميعهم فلا كلام ، وإن لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهاياة أو غيرها جاز لأنه حقهم لا يخرج عنهم ، وإن تشاحوا في قسمته قسمه الحاكم بينهم على قدر نفقتهم ، لأن لكل واحد منهم من الحقوق بقدر ذلك ، فتؤخذ خشبة صلبة أو حجر مستوى الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الأرض في مقدم الماء فيه حروز أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم ، فإذا حصل الماء في ساقيته انفرد به وليس له أن يأخذ قبل القسم ، كما أن ليس له أن يسقي أرضا ليس لها رسم شرب في هذا الماء لأن ذلك يدل على أن لها قسما في هذا الماء ، فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستضر الشركاء ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الأولى ، فأراد تنفيذ أحدهما إلى الأخرى لم يحز ، لأنه يجعل لنفسه استطرافا من كل واحدة من الدارين وإن قسموا ماء النهر المشترك بالمهاياة جاز إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوما مثل أن يعملوا لكل حصه يوما وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل .

وإن قسموا النهار فجعلوا الواحد من طلوع الشمس إلى وقت الزوال والآخر من الزوال إلى الغروب ونحو ذلك جاز . وإن قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشيء معلوم كطاسة مثقوبة تترك في الماء وفيها علامات إذا انتهى الماء إلى علامه كانت ساعه وإذا انتهى إلى الأخرى كانت ساعتين .

لا يجوز في النهر المشترك أن يتصرف أحد المشتركين به عمل رحي أو دولاب أو معبر الماء لأنه يتصرف في نهر مشترك وفي حريمه بغير إذن شركائه . أما الشرب لنفسه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه والانتفاع به في أشباه ذلك فإنه يجوز لكل المسلمين ، ولا يحل لصاحب الماء منعه من ذلك لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ثلاث لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم رجل كان يفضل ماء بالطريق فنبهه ابن السبيل ، رواه البخاري .

وعن أبيه عن أبيه أنه قال : يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال :
 الماء ، قال يا نبي الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال : المملح ، قال يا نبي الله
 ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال : أن تفعل الخير خير لك ، رواه أبو داود ،
 ولأن ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر ، فأما إذا لم
 يفضل شيء عن حاجة ماشيته لم يلزمه . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب اللقطة

إذا وجد الحر الرشيد لقطة يمكن حفظها وتعريفها كالذهب والفضة والجواهر
 والثياب - فإن كان ذلك في غير الحرم - جاز التقاطه للتملك ، لما روى عبد الله
 ابن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال : ما كان
 منها في طريق مشاء فعرّفها حولا ، فإن جاء صاحبها وإلا فهي لك ، وما كان منها
 في خراب ففيمها وفي الركاز الخمس ، وله أن يلنقطها للحفظ على صاحبها ، لقوله
 تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه
 وسلم قال : من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا . كشف الله عنه كربة من
 كرب يوم القيامة ، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه ، وإن كانت في
 الحرم لم يجز أن يأخذها إلا للحفظ على صاحبها .

ومن أصحابنا من قال : يجوز التقاطها للتملك لأنها أرض مباحة لجواز أخذ
 لقطتها للتملك كغير الحرم ، والمذهب الأول ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه
 أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن هذا البلد حرمه الله يوم خاق السموات
 والأرض ، فهو حرام إلى يوم القيامة ، لم يحل لأحد قبلي ، ولا يحل لأحد بعدي
 ولم يحل لي إلا ساعة من نهار ، وهو حرام إلى يوم القيامة لا ينفر صيدها ، ولا
 يعضد شجرها ، ولا تلنقط لقطتها إلا لمعرف ، ويلزمه المقام للتعريف ، وإن لم
 يمكنه المقام دفعها إلى الحاكم ليعرفها من سهم المصالح

(فصل) وهل يجب أخذها ؟ روى الهزني أنه قال : لا أحب تركها . وقال

في الام : لا يجوز تركها . فمن اصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) لا يجب لأنها أمانة فلم يجب أخذها كالوديعة

(والثاني) يجب ، لما روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : حرمة مال المؤمن كحرمة دمه ، ولو خاف على نفسه لوجب حفظها ، فكذلك إذا خاف على ماله .

وقال أبو العباس وأبو إسحاق وغيرهما : ان كانت في موضع لا يخاف عليها لأمانة أهله لم يجب عليه ، لأن غيره يقوم مقامه في حفظها ، وإن كان في موضع يخاف عليها لقلة أمانة أهله وجب ، لأن غيره لا يقوم مقامه ، فتدين عليه ، وحمل القولين على هذين الحالين ، فإن تركها ولم يأخذها لم يضمن ، لأن المال إنما يضمن باليد أو بالاتلاف . ولم يوجد شيء من ذلك ، ولهذا لا يضمن الوديعة إذا ترك أخذها فكذلك اللفظة .

(فصل) وان أخذها اثنان كانت بينهما ، كما لو أخذوا صيداً كان بينهما ، فإن أخذها واحد وضاعت منه ووجدتها غيره وجب عليه ردها الى الاول لأنه سبق اليها فقدم ، كما لو سبق الى موات فتحجره .

(الشرح) حديث عبد الله بن عمر مروي من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : وقد مضى للنووي تخريجه في زكاة الركا . وقد روى الجوزجاني والاثرم في كتابيهما قال : حدثنا أبو نعيم حدثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قال : أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف ترى من متاع يرى في الطريق الميتاء أو في قرية مسكونة ؟ فقال عرفه سنة ، فإن جاء صاحبه والا فشأنك به ،

وحديث من كشف عن مسلم كربة أخ ، سبق في غير موضع : وحديث ابن عباس مضى في الحج ، وحديث ابن مسعود مضى في البيوع في غير موضع . أما لغات الفصل فإن اللفظة بفتح القاف اسم الملقط . قال الخليل بن أحمد لأن ما جاء على فعدة فهو اسم للفاعل ، كقولهم همزة ولمزة وضحكة وهزاة . واللفظة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذي يضحك منه والهزاة

الذي يهزأ به . وقال الأصمعي وابن الأعرابي والفرام : هي بفتح القاف اسم المال الملقوط أيضا وتعريفها عند الفقهاء . المال الضائع من ربه . يلتقطه غيره .

وقال الزمخشري : اللقطة بفتح القاف والعامية تسكنها وأصله من لفظ الشيء والبقطة إذا أخذه من الأرض . وأصل فُعلة في الكلام اسم الفاعل وفُعلة اسم المفعول ، غير أن كلام العرب جاء في اللقطة على غير قياس . أجمع أهل اللغة ورواة الأخبار على أن اللقطة الشيء الملقط . ذكره الأزهرى . قال ابن عرفة الالتقاط وجود الشيء من غير طلب .

قوله : مثناه ، أى مسلوك مفعول من الإتيان ، وقد تبدل الناء دالا لمجاورة النطق فتكون مبداء ، ولا يزال العامة ينطقونها بحرفة فيقولون المبدأ . وفي الحديث : لولا أنه طريق مثناه لحزننا عليك يا إبراهيم

أما الأحكام فإن اللقطة إذا وجدت بمضيعة وأمين نفسه عليها أخذها . وهذا قول الشافعى رضى الله عنه .

وقال أحمد رضى الله عنه : الأفضل ترك الالتقاط . وروى معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر ، وبه قال جابر وابن زيد والربيع بن خيثم وعطاء ، ومر شريح بدرهم فلم يعرض له .

وقال الشافعى رضى الله عنه : أنه يجب أخذها لقوله تعالى : والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ، فإن كان وليه وجب عليه حفظ ماله

وقال فى الام فى اللقطة الصغيرة فى ضالة الغنم اذا وجدت فى موضع مملوكة فمضى لك فكلمها ، فإذا جاء صاحبها فاغرمها له .

وقال فى المال يعرفه سنة ثم يأكله ان شاء : فإن جاء صاحبه غرمها له ، وقال يعرفها سنة ثم يأكلها ، وسراً كان أو معسراً إن شاء ، إلا أنى لا أرى له أن يخطم بماله ولا يأكلها حتى يشهد على عددها ووزنها وظرفها وعفاصها ووكتها فمضى جاء صاحبها غرمها له الخ . اهـ

ومر رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة ، وأخذها

أبي بن كعب وسويد بن غفلة . وقال مالك ان كان شيئاً له بال يأخذه أحب إلى
ويعرفه ، لأن فيه حفظ مال المسلم عليه ، فكان أولى من تضييعه
وتخليصه من الغرق

وقال ابن قدامة من الخنابلة في المغنى : ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا
نعرف لهما مخالفاً في الصحابة ، ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام ، وتضييع
الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها ، فكان تركه أولى وأسلم ، كولاية مال
اليتيم وتخليص الخمر .

فإذا ثبت هذا فإن اللقطة والضوال مختلفات في الجنس والحكم ، فالضوال
الحيوان ، لأنه يضل بنفسه ، واللقطة غير الحيوان ، سميت بذلك لالقاط
واجدها لها ، ولها حالتان .

(لأحدهما) أن توجد في أرض مملوكة ، فلا يجوز لواجدها التعرض لأخذها
وهي في الظاهر لمالك الأرض إن ادعاهما ، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن
جده عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال
ما كان منها في طريق ميتاء فعرفها حولا ، فإن جاء صاحبها والا فهي لك ، وما
كان في خراب ففيها وفي الركاك الخمس ،

والحال الثانية : أن توجد في أرض غير مملوكة من مسجد أو طريق أو موات
فلا يخلو ذلك من أحد أمرين : إما أن يكون بمكة أو بغير مكة ، فإن كان بغير
مكة من سائر البلاد فعلى ضربين ، ظاهر ومدفون ؛ فإن كان ظاهراً فعلى ضربين
أحدهما ما لا يبقى كالطعام الرطب فله حكم نذكره من بعد

(والثاني) أن يكون مما يبقى كالدرهم والدنانير والثياب والحلي والقماش فهذه
هي اللقطة التي قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد قال
سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة الذهب والورق فقال : اعرف
وكاهما وعفاصهما ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنقها ، ولتكن ودبة عندك
فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه ، وسأله عن ضالة الإبل ، فقال : مالك
ولها دعها فإن معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجد ربها ،

وسأله عن الشاة فقال : خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب ، متفق عليه .
فعليه أن يقوم بشروط تعريفها ثم له بعد الحول إن لم يأت صاحبها أن يتملكها
وإن كان مدفوناً فضربان جاهلي وإسلامي ، فإن كان إسلامياً فلقطة أيضاً وهي
على ما ذكرنا ، وإن كان جاهلياً فهو ركاز يملكه واجده وعليه وإخراج خمس
في مصرف الزكوات للحديث ، وفي الركاز الخمس .

وإن كانت اللقطة بمكة فذهب الشافعي رضي الله عنه أنه ليس لواجدها أن
يتملكها ، وعليه إن أخذها أن يقيم بتعريفها أبداً بخلاف سائر البلاد ، وقال بعض
أصحابنا : مكة وغيرها سواء في اللقطة استدلالاً بعموم الخبر ، وهذا خطأ لقوله
صلى الله عليه وسلم : إن أبي إبراهيم حرم مكة ، فلا يختل خلاها ولا يعضد شجرها
ولا ينفر صيدها ولا تحل لقطتها إلا لمنشد ، وفي المنشد تأويلان : أحدهما وهو
قول أبي عبيد : إنه صاحبها الطالب ، والناشد هو المعارف الواجد لها .

قال الشاعر :

يصيخ للنباة أسماءه إصاخة الناشد المنشد

فكان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل أن يتملكها إلا صاحبها التي هي
له دون الواجد . والتأويل الثاني وهو للشافعي رضي الله عنه أن المنشد الواجد
المعارف ، والناشد هو المالك الطالب ، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع
رجلاً ينشد ضالة في المسجد فقال : أيها الناشد غيرك الواجد ، يعني لا وجدت
كأنه دعا عليه ، فعلى هذا التأويل معنى قوله : لا تحل لقطتها إلا لمنشد أي لمعارف
يقيم على تعريفها ولا يتملكها ، فكان في كلا التأويلين دليل على تحريم تملكها ،
ولأن مكة لما باينت غيرها في تحريم صيدها وشجرها تغليظاً لحرمتها باينت غيرها
في ملك اللقطة ، ولأن مكة لا يعود الخارج منها غالباً إلا بعد حول إن عاد ، فلم
ينتشر انشادها في البلاد كلها ، فلذلك وجب عليه مداومته تعريفها ، ولا فرق بين
مكة وبين سائر الحرم لاستواء جميع ذلك في الحرمه .

فأما عرفة ومصلى إبراهيم عليه السلام ففيه وجهان . أحدهما : أنه حل تحل لقطته قياساً على جميع الحل . والثاني : أنه كالحرم لا تحل لقطته إلا لمنشد لأن ذلك مجمع الحاج ، ثم اختلفوا في جواز انشادها في المسجد الحرام مع اتفاقهم على تحريم انشادها في غيره من المساجد على وجهين (أصحهما) جوازه اعتباراً بالعرف وأنه مجمع الناس .

(فرع) إذا ضاعت اللفظة من ملقطها بغير تفريط فلا ضمان عليه لأنها أمانة في يده فأشبهت الوديعة ، فإن التلقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الأول فعليه ردها إليه لأنه قد ثبت له حق النعول ، وولاية التعريف والحفظ . فلا يزول ذلك بالضياح : فإن لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولا فملكها ، لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك به كالاول ، ولا يملك الاول انتزاعها : لأن الملك مقدم على حق التملك ، وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني ، وليس له مطالبة الاول لأنه لم يفرط ، وإن علم الثاني بالاول فردها إليه فأبى أخذها وقال عرفها أنت فعرفها فملكها أيضاً ، لأن الاول ترك حقه فسقط ، وإن قال : عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضاً وكانت بينهما لأنه أسقط حقه من نصفها ووكله في الباقي ، وإن قصد الثاني بالتعريف فملكها لنفسه دون الاول احتتمل وجهين .

(الاول) يملكها ، لأن سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الاول في تعريفها لنفسه .

(والثاني) لا يملكها لأن ولاية التعريف للأول أشبه ماله غصبها من الملتقط غاصب فعرفها ، وكذلك الحكم إذا علم الثاني بالاول فرفعها ولم يعلمه بها ، وشبه هذا المتحجر في الموات إذا سبقه غيره إلى ما حجره فأحياه بغير إذنه ، فأما إن غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجهاً واحداً ، لأنه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها ، فإن الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه ، ويفارق هذا ما إذا التقطها ثان فإنه وجد منه الالتقاط والتعريف .

(فرع) إذا التقطها اثنان فعرفها حولا فملكها جميعاً ، وإن قلنا أبو قوف الملك على الاختيار فاختر أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر

وإن رأياها معاً فبادر أحدهما فأخذها ، أو رآها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها
فهي لا تأخذها ، لأن استحقاق اللقطة بالأخذ لا بالرؤية كالاصطياد . وإن قال
أحدهما لصاحبه : ها-ها فأخذها نظرت ، فإن أخذها لنفسه فهي له دون الأمر ،
وإن أخذها الأمر فهي له كما لو وكاة في الاصطياد له .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصول) وإذا أخذها عرف عفاصها ، وهو الوعاء الذي تكون فيه ،
ووكاءها وهو الذي تشد به وجنسها وقدرها ، لما روى زيد بن خالد الجهني أن
النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال : اعرف عفاصها ووكاءها وعرفها
سنة ، فإن جاء من يعرفها وإلا فاخلطها بمالك ، فنص على العفاص والوكاء ، وقسنا
عليهما الجنس والقدر ، ولأنه إذا عرف هذه الأشياء لم تختلط بماله ، وتعرف به
صدق من يدعيها ، وهل يلزمه أن يشهد عليها وعلى اللقيط ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) لا يجب لأنه دخول في أمانة فلم يجب الإشهاد عليه كقبول الوديعة
(والثاني) يجب لما روى عياض بن حمار رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال : من النقط لقطة فلا يشهد ذا عدل ، أو ذوى عدل ولا يكتم ولا يغيب ،
ولأنه إذا لم يشهد لم يؤمن أن يموت فنضبح اللقطة أو يسترق اللقيط .
(والثالث) أنه لا يجب على اللقطة لأنه اكتساب مال فلم يجب الإشهاد عليه
كالبيع ، ويجب على اللقيط لأنه يحفظ به النسب فوجب الإشهاد عليه كالتمكاح ،
وإن أخذها وأراد الحفظ على صاحبها لم يلزمه التعريف ، لأن التعريف للتملك
فإذا لم يرد التملك لم يجب التعريف .

فإن أراد أن يتملكها نظرت ، فإن كان مالا له قدر يرجع من ضاع منه في
طلبه لزمه أن يعرفه سنة لحديث عبد الله بن عمرو . وحديث زيد بن خالد ، وهل
يجوز تعريفها سنة متفرقة ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، ومتى قطع استأنف ، لأنه إذا قطع لم يظهر أمرها
ولم يظهر طالبها .

(والثاني) يجوز لأن اسم السنة يقع عليها ، ولهذا لو نذر صوم سنة جاز أن يصوم سنة متفرقة . ويجب أن يكون التعريف في أوقات اجتماع الناس كأوقات الصلوات وغيرها ، وفي المواضع التي يجتمع الناس فيها كالأسواق وأبواب المساجد لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك ويكثر منه في الموضع الذي وجدها فيه ، لأن من ضاع منه شيء يطلبه في الموضع الذي ضاع فيه ، ولا يعرفها في المساجد ، لما روى جابر قال : سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً ينشد ضالة في المسجد فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : لا وجدت ، وذلك لأنه كان يكره أن ترفع فيه الأصوات ، ويقول : من ضاع منه شيء ، أو من ضاع منه دنائير ، ولا يزيد عاينها حتى لا يضبطها رجل فيدعيها ؛ فإن ذكر النوع والقدر والعفاص والوكاء ، ففيه وجهان . أحدهما : لا يضمن ، لأن بمجرد الصفه لا يجب الدفع ، والثاني : يضمن لأنه لا يؤمن أن يحفظ ذلك رجل ثم يرافعه إلى من يوجب الدفع بالصفه ، فإن لم يوجد من يتطوع بالنداء كانت الأجرة على المانقطة ، لأنه يتملك به ، وإن كانت اللقطة مما لا يطلب كالتمر واللقمة لم تعرف : لما روى أنس قال : مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على تمر في الطريق مطروحه فقال : لولا أن أخشى أن تكون من الصدقة لا كنتها ، وإن كان مما يطلب إلا أنه قليل ، ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : يعرف القليل والكثير سنة وهو ظاهر النص لعموم الاخبار . والثاني : لا يعرف الدينار ، لما روى أن علياً كرم الله وجهه وجد ديناراً فعرفه ثلاثاً فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : كله أو شأنك به .

والثالث : يعرف ما يقطع فيه السارق ، ولا يعرف ما دونه ، لأنه تافه ، ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها : ما كانت اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه .

(الشرح) حديث زيد بن خالد الجهني رواه البخاري ومسلم وأحمد ، واللفظ الذي ساقه المصنف أقرب إلى رواية أحمد . ولفظ الشيخين : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة الذهب والورق فقال : اعرف وكأها وعفاصها ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها

يوما من الدهر فأدھا اليه . وسأله عن ضالة الإبل فقال : مالك ولھا ؛ دعھا فإن معها حذاءھا وسقاءھا ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدھا ربھا . وسأله عن الشاة فقال : خذھا فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب ، ولم يقل فيه أحد : الذهب أو الورق ، وفي رواية لمسلم : فإن جاء صاحبھا فعرف عفاصھا وعددها ووكاھا فأعطاها إياھ وإلا فهي لك ،

وحديث عياض بن حمار رواه أحمد وابن ماجه وأبو داود والنسائي وابن حبان ، وفي لفظ للبيهقي : ثم لا يكتم وليعرف ، وصححه ابن الجارود وابن حبان وقد رواه الشافعي أورده الربيع في اختلاف مالك والشافعي في اللقطة ليلزم مالكا بما رواه فقال : أخبرنا مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعت عن زيد بن خالد الجهني الخ ،

أما حديث جابر فقد مضى تخريجه في كتاب الصلاة من المجموع . أما حديث أنس فقد أخرجه الشيخان .

أما حديث علي فقد أخرجه أبو داود عن بلال بن يحيى العبسي عنه وفيه ، أنه النقط ديناراً فاشترى به دقيقاً فعرفه صاحب الدقيق فرد عليه الدينار فأخذه علي فقطع منه قيراطين فاشترى به لحماً . قال المنذري : في سماع بلال بن يحيى من علي نظر . وقال الحافظ بن حجر : إسناده حسن ، ورواه أبو داود أيضا عن أبي سعيد الخدري أن علي بن أبي طالب وجد ديناراً ، فأتى به فاطمة فسألت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هو رزق الله فأكل منه رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكل علي وفاطمة ، فلما كان بعد ذلك أتته امرأة تنشد الدينار ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : يا علي أد الدينار ، وفي إسناده رجل مجهول . وأخرجه أبو داود أيضا من وجه آخر عن أبي سعيد ، وذكره مطولا وفي إسناده موسى بن يعقوب الزمعي وثقه ابن معين . وقال ابن عدي لا بأس به ، وقال النسائي ليس بالقوي .

وروى هذا الحديث الشافعي عن الدراوردي عن شريك بن أبي نمر عن عطاء ابن يسار عن أبي سعيد الخدري وزاده أنه أمره أن يعرفه ، ورواه عبد الرزاق

من هذا الوجه ، وزاد لجعل أجل الدينار وشبهه ثلاثة أيام : وفي إسناد هذه الزيادة أبو بكر بن أبي سبرة وهو ضعيف جداً .

وقد أعل البيهقي هذه الروايات لاضطرابها ولمعارضتها لأحاديث اشتراط السنة في التعريف ، قال ويحتمل أن يكون إنما أباح له الأكل قبل التعريف للاضطراب ، وأما خبر عائشة فقد رواه الشيخان وأحمد ، وسيأتي في الحدود إن شاء الله تعالى .

قوله « فليشهد » ظاهر الأمر يدل على وجوب الاشهاد ، وهو أحد قولي الشافعي رضي الله عنه وبه قال أبو حنيفة ، وفي كيفية الاشهاد قولان ، أحدهما يشهد أنه وجد لقطة ولا يعلم بالعفص ولا غيره لئلا يتوصل بذلك الكاذب إلى أخذها ، والثاني يشهد على صفاتها كلها حتى إذا مات لم يتصرف فيها الوارث ، وأشار بعض أصحابنا إلى التوسط بين الوجهين فقال لا يستوعب الصفات ، وليكن يذكر بعضها ، قال النووي وهو الأصح ، والثاني من قولي الشافعي أنه لا يجب الاشهاد وبه قال مالك وأحمد وغيرهما ، وقالوا إنما يستحب احتياطاً ، لأن الرسول (ص) لم يأمر به في حديث زيد بن خالد ، ولو كان واجباً لبيته .

أما العفص بكسر العين المهملة وتخفيف الفاء : وهو الوعاء الذي تكون فيه النفقة جلداً أو غيره أخذاً من العفص وهو الشيء لا ثنائه على ما فيه ، وقد وقع في زوائد المسند لعبد الله بن أحمد في حديث لآبي بن كعب رضي الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكتها وفرقتها فأعطها إياه وإلا فاستمتع بها » والعفص يكون على رأس القارورة لسدها وأما الذي يدخل فم القارورة من جلد أو غيره فهو الصمام ، فحيث يذكر الوعاء مع العفص فالمراد الأول ، وحيث يذكر العفص مع الوعاء فالمراد الثاني ، أفاده في فتح الباري .

قوله « ولا يكتم » يعني لا يحل كتم اللقطة إذا جاء لها صاحبها وجاء من أوصافها ما يغلب الظن بصدقه ، والمقصود من معرفة الآلات التي تحفظ فيها ويلتحق بذلك معرفة جنسها ونوعها وقدرها ، فقد قال النووي : يجمع بين الروايات بأن يكون مأموراً بالمعرفة في حالتين فيعرف العلامات وقت الالتقاط

حتى يعلم صدق واصفها إذا وصفها ، ثم يعرفها مرة أخرى بعد تعريفها سنة إذا أراد أن يتملكها ليعلم قدرها وصفها إذا جاء بعد ذلك فردها اليه

قال الحافظ ابن حجر : ويحتمل أن تكون في الروايتين (يشير إلى رواية البخاري ، عرفها سنة ثم عرف عفاصها ووكاهها ، ورواية البخاري أيضا ، عرف عفاصها ووكاهها ثم عرفها سنة) ثم بمعنى الواو فلا تقتضي ترتيبا ، فلا تقتضي تخالفاً يحتاج إلى الجمع ، ويقويه كون المخرج واحداً والقصة واحدة ، وإنما يحسن الجمع بما تقدم لو كان المخرج مختلفا أو تعددت القصة ، وليس الغرض إلا أن يقع التعرف والتعريف مع قطع النظر عن أيهما يسبق . قال واختلف العلماء في هذه المعرفة على قولين أظهرهما الوجوب لظاهر الأمر . وقبل يستحب ، وقال بعضهم يجب عند الالتقاط ويستحب بعده .

وقال أيضا في الفتح عند قوله « ثم عرفها » محل ذلك المحافل كأبواب المساجد والأسواق ونحو ذلك . قلت : كبرامج الإذاعة المخصصة للأشياء المفقودة كبرنامج طريق السلامة الذي توفر له إذاعة القاهرة عشر دقائق من صباح كل يوم في زماننا هذا .

قوله (سنه) الظاهر أن تكون متواليه وليكن على وجه لا يكون على جمه الاستيعاب ، فلا يلزمه التعريف بالليل ، ولا استيعاب الأيام بل على المعتاد ، فيعرف في الابتداء كل يوم مرتين في طرفي النهار ، ثم في كل يوم مرة ، ثم في كل أسبوع مرة ، ثم في كل شهر مرة ، ولا يشترط أن يعرفها بنفسه ، بل يجوز له توكيل غيره ، ويعرفها في مكان وجودها وفي غيره . كذا قال العلماء ، وظاهره أن التعريف واجب لاقتضاء الأمر الوجوب ، لا سيما وقد وصف النبي (ص) من لم يعرفها بالضلال في حديث لزيد بن خالد عند أحمد ومسلم ، قال : لا يأوى الضالة إلا ضال ما لم يعرفها ، هكذا جاءت (لا يأوى) من الثلاثي اللازم ، وقد يتعدى كما في هذا الحديث .

وفي المبادرة إلى التعريف خلاف مبناه هل الأمر يقتضي الفور أم على التراخي وظاهره أنه لا يجب التعريف بعد السنه ، وبه قال الجمهور وادعى صاحب البحر الإجماع ، على أنه وردت روايته عند البخاري عن أبي بن كعب بإفظ : وجدت

صرة فيما مائة دينار ، فأثبت النبي (ص) فقال : عرفها حولا ، فعرفت ما فلم أجد من يعرفها ، ثم أتيت ثانيا فقال عرفها حولا فلم أجد ، ثم أتيت ثالثا فقال احفظ وعامها وعددها ووكاهها ، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها فاستمتعت ، فلقبته بعد بمكة فقال : لا أدري ثلاثة أحوال أو حولا واحدا ، وذكر البخاري الحديث في موضع آخر من صحيحه فزاد : ثم أتيت الرابعة فقال : اعرف وعامها الخ ، قال في فتح الباري : القائل فلقبته بعد بمكة هو شعبة ، والذي قال لا أدري هو شيخه سلمة بن كهيل وهو الراوي لهذا الحديث عن سويد عن أبي ، قال شعبة فسمعت بعد عشر سنين يقول : عرفها عاما واحدا ، وقد بين أبو داود الطيالسي في مسنده القائل : فلقبته والقائل لا أدري ، فقال في آخر الحديث : قال شعبة فلقبت سلمة بعد ذلك فقال لا أدري ثلاثة أحوال أو حولا واحدا ، وبهذا يتبين بطلان قول ابن بطال أن الذي شك هو أبي بن كعب ، والقائل هو سويد ابن غفلة ، وقد رواه عن شعبة عن سلمة بن كهيل بغير شك جماعه ، وفيه ثلاثة أحوال إلا حماد بن سلمة فإن في حديثه عامين أو ثلاثة ، وجمع بعضهم بين حديث أبي هذا وحديث خالد بن زيد المذكور فيه سنة فقط بأن حديث أبي محمول على مزيد الورع عن التصرف في اللفظة والمبالغة في التعفف عنها ، وحديث زيد على ما لا بد منه .

وجزم ابن حزم وابن الجوزي بأن الزيادة في حديث أبي غلط . قال ابن الجوزي : والذي يظهر لي أن سلمة أخطأ فيها ثم ثبت واستمر على عام واحد ، ولا يؤخذ إلا بما لم يشك فيه ، لا بما يشك فيه راويه . وقال أيضا : يحتمل أن يكون صلى الله عليه وسلم عرف أن تعريفها لم يقع على الوجه الذي ينبغي ، فأمر ثانيا بإعادة التعريف ، كما قال للمسيء صلواته وارجع فصل فإنك لم تصل ، قال الحافظ بن حجر : ولا يخفى بعد هذا على مثل أبي مع كونه من فقهاء الصحابة وفضلائهم . قال المنذرى : لم يقل أحد من أئمة الفتوى أن اللفظة تعرف ثلاثة أعوام إلا شريح عن عمر أربعة أقوال يعرف بها ، ثلاثة أحوال ، عاما واحدا ، ثلاثة أشهر ، ثلاثة أيام ، وزاد ابن حزم عن عمر قولاً خامساً وهو أربعة أشهر .

قال في الفتح : ويحمل ذلك على عظم اللقطة وحقارتها . وأما قوله في الحديث : فإن لم تعرف فاستنفقها ، فقد قال يحيى بن سعيد الأنصارى : لا أدري هذا في الحديث أم هو شيء من عند يزيد مولى المنبعث (وهو الراوى عن زيد بن خالد) كما حكى البخارى ذلك عن يحيى ، وتعقب ابن حجر هذا في الفتح فقال : شك يحيى هل قوله : ولتكن وديعة عنده ، مرفوع أم لا ، وهو القدر المشار اليه بهذا دون ما قبله لثبوت ما قبله في أكثر الروايات ، وخلوها عن ذكر الوديعة ، وقد جزم يحيى بن سعيد برفعه مرة أخرى كما في صحيح مسلم بلفظ : فاستنفقها ولتكن وديعة عندك ، وكذلك جزم برفعها خالد بن مخلد عن سليمان عن ربيعة عن مسلم ، وقد أشار البخارى إلى رجحان رفعها فترجم باب إذا جاء صاحب اللقطة ردها عليه لأنها وديعة عنده ، والمراد بكونها وديعة أنه يجب ردها فتجوز بذكر الوديعة عن وجوب رد بدلها بعد الاستنفاق ، لا أنها وديعة حقيقة يجب رد عينها ، لأن المأذون في استنفاقه لا تبقى عينه : كذا أفاده ابن دقيق العيد قال : ويحتمل أن تكون الواو في قوله : ولتكن وديعة ، بمعنى أو ، أى إما أن تستنفقها وتغرم بدلها ، وإما أن تتركها عندك على سبيل الوديعة حتى يحىء صاحبها فتعطيها إياه ويستفاد من تسميتها وديعة أنها لو تلفت لم يكن عليه ضمانها ، وهو اختيار البخارى تبعاً لجماعة من السلف .

(فرع)

روينا عن أحمد وأبي داود عن جابر بن عبد الله قال : رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصا والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به ، وفي إسناده المغيرة بن زياد ، قال المنذرى . تكلم فيه غير واحد ، وفي التقريب : صدوق له أو هام وفي الخلاصة : وثقه وكيع وابن معين وابن عدى وغيرهم . وقال أبو حاتم : شيخ لا يحتج به ، وفيه جواز الانتفاع بما يوجد في الطرقات من المحقرات لا سيما إذا كان هذا الشيء الحقير مأكولاً لما في حديث أنس الذى ساقه المصنف ، فإنه يجوز أكله ولا يجب التعريف به أصلاً كالتمر ونحوها لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد بين أنه لم يمنعه من أكل التمرة إلا خشية أن تكون من الصدقة ، ولولا ذلك لا كلمها .

وقد روى ابن أبي شيبه عن ميمونة أم المؤمنين أنها وجدت ثمرة فاكلتها وقالت : لا يحب الله الفساد . قال في الفتح : يعني أنها لو تركتها فلم تؤخذ فتوكل افسدت ثم قال : وجواز الاكل هو المجزوم به عند الاكثر .

وعندنا أن القليل إذا كان يطلب في العادة وجب التعريف به كالأكثير . مدة التعريف المنصوص عليها وهي سنة للمعوم الاحاديث الواردة . وعند أبي حنيفة أنه يعرف بالقليل ثلاثة أيام . وذلك لحديث يعلى بن مرة مرفوعاً من التقي لقطه بسيرة حبلا أو درهما أو شبه ذلك فليعرفها ثلاثة أيام ، فإن كان فوق ذلك فليعرفه ستة أيام ، رواه أحمد والطبراني والبيهقي ، وزاد الطبراني . فإن جاء صاحبها والا فليصدق بها ، وفي اسناده عمر بن عبد الله بن يعلى ، وقد صرح جماعه بضعفه ، وزعم ابن حزم أنه مجهول وقد دافع عنه ابن حجر وابن رسلان والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن عرفها فلم يجد صاحبها ففيه وجهان (أحدهما) تدخل في ملكه بالتعريف لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فإن جاء صاحبها والا فهمي لك ولأنه كسب مال بفعل فلم يعتبر فيه اختيار التملك كالصيد (والثاني) أنه يملكه باختيار التملك ، لما روى في حديث زيد بن خالد الجهني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فإن جاء صاحبها والا فشأنك بها لجمعه الى اختياره ولأنه تملك ببدل فاعتبر فيه اختيار التملك كالملك بالبيع . وحكى فيه وجهان آخران . أحدهما : أنه يملك بمجرد النية . والثاني : يملكه بالهرف ولا وجه لواحد منهما ، ولا فرق في ملكها بين الغنى والفقر لقوله صلى الله عليه وسلم : فإن جاء صاحبها والا فشأنك بها ، ولم يفرق لأنه ملك بمعرض فاستوى فيه الغنى والفقر كالملك في القرض والبيع .

(فصل) فإن حضر صاحبها قبل أن يملكها نظرت : فإن كانت اليدين باقية وجب ردها مع الزيادة المتصلة والمنفصلة ، لأنها باقية على ملكه ، وإن كانت تالفه لم يلزم الملتقط ضمانها ، لأنه يحفظ لصاحبها ، فلم يلزم ضمانها من غير تفريط

كالوديعة ، وإن حضر بعد ما ملكها — فإن كانت باقية — وجب ردها ، وإن كانت تالفة وجب عليه بدلها ، وقال الكرابيسي : لا يلزمه ردها ولا ضمان بدلها لأنه مال لا يعرف له مالك : فإذا ملكه لم يلزمه رده ولا ضمان بدله كالركاز ؛ والمذهب الأول ، لما روى أبو سعيد الخدري أن علياً كرم الله وجهه وجد ديناراً لرجاء صاحبه فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أدبه قال علي : قد أكلته ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إذا جاءنا شيء أديناه ، ويخالف الركاز فإنه مال لكافر لا حرمة له ، وهذا مال مسلم ، ولهذا لا يلزمه تعريف الركاز ، ويلزمه تعريف اللقطة ، فإن كانت العين باقية فقال الملتقط : أنا أعطيك البدل ، لم يجبر المالك على قبوله ، لأنه يمكنه الرجوع إلى عين ماله ، فلا يجبر على قبول البدل ، وإن حضر — وقد باعها الملتقط وبينهما خيار — ففيه وجهان .

(أحدهما) يفسخ البيع ، ويأخذ لأنه يستحق العين والعين باقية .

(والثاني) لا يجوز له أن يفسخ ، لأن الفسخ حق للعاقدة ، فلا يجوز لغيره من غير إذنه ، وإن حضر وقد زادت العين ، فإن كانت زيادة متصلة رجع فيها مع الزيادة ، وإن كانت زيادة منفصلة رجع فيها دون الزيادة ، لأنه فسخ ملك فاختلقت فيه الزيادة المنفصلة والمنفصلة كالرد بالعيب

(الشرح) الأحاديث المذكورة في هذين الفصلين سبق استيفاء الكلام عليهما في الفصل قبلهما .

أما الأحكام : فقد قال الشافعي رضي الله عنه : وبأكل اللقطة الغني والفقير ومن تحمل له الصدقة وتحرم عليه . وهذا كما قال : يجوز لواحد اللقطة بعد تعريفها حولا أن يملكها وبأكلها غنياً كان أو فقيراً . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك إن كان فقيراً ، ولا يجوز إن كان غنياً أن يملكها ، ويكون مخيراً بين أمرين : إما أن تكون في يده أمانة لصاحبها أبداً كالوديعة ، وإما أن يتصدق بها ، فإن جاء صاحبها وأمضى صدقته فله ثوابها ولا غرم على الواجد ، وإن لم يمض الصدقة فثوابها للواجد وعليه غرمها استدلالاً بما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها ، وهو حديث في إسنادة عمر بن عبد الله

ابن بعلي ، قال أبو حنيفة : وهذا نص ، ولأنه مال يعتبر فيه الحول فوجب أن يختلف فيه حال الغنى والفقر كالزكاة ، ولأنه مال مسلم فوجب أن لا يحمل إلا لمضطر قياساً على غير اللقطة .

ودليلنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم : فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها ، وهو يقتضى التسوية بين الغنى والفقر ، وروى أن أبي بن كعب وجد صرة فيها ثمانون ديناراً أو مائة دينار فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يعرفها حولاً ، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها .

قال الشافعى رضى الله عنه : وأبى من أيسر أهل المدينة أو كآيسرهم ، ولو لم يكن موسراً لصار بعشرين ديناراً منها موسراً على قول أبي حنيفة . فدل على أن الفقر غير معتبر فيها وأن الغنى لا يمنع منها . وروى عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدرى أن على بن أبى طالب وجد ديناراً فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فأمره أن يعرف به ثلاثاً فعرفه فلم يجد من يعرفه ، فرجع به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال : كله حتى إذا أكله جاء صاحب الدينار يتعرفه فقال على رضى الله عنه : قد أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأكله فانطلق صاحب الدينار وكان يهودياً إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم إذا جاءنا شيء أديناه إليك .

قال الشافعى رضى الله عنه : وعلى ممن يحرم عليهم الصدقة ، لأنه من طينة بنى هاشم ؛ فلو كانت اللقطة تستباح بالفقر دون الغنى لحظرها عليه ، ولأن كل من كان من أهل الانقطاع جاز أن يرتفق بالأكل والتمتع كالفقير ؛ ولأن ما ثبت للفقير فى اللقطة ثبت للغنى كالنسك والصدقة ، ولأن كل مال استباح للفقير اتلافه بشرط الضمان استباح للغنى اتلافه بشرط الضمان كالقرض ، ولا يدخل عليه طعام المضطر لاستوائهما فيه ، وقد يجعل المضطر أصلاً فيقول : كل ارتفاق بمال الغير إذا كان مضموناً استوى فيه الغنى والفقر كأكل مال الغير المضطر ، ولأنه استباحة اتلاف مال لغيره لمعنى فى المال فوجب أن يستوى فيه حكم الغنى والفقر كالفحل الصائل ، ولأن كل ما استبيح تناوله عند الإياس من مالكه فى الأغاب استوى فيه حكم الغنى والفقر كالركاز ، ولأن حال اللقطة فى يد واجدها لا يخلو

من أن تكون في حكم المغصوب فيجب انتزاعها قبل الحول وبعدد من مال الغنى والفقير ، أو في حكم الودائع فلا يجوز أن يتملكها فقير ولا أن يتصدق بها غنى أو في حكم الكسب فيجوز أن يتملكها الغنى والفقير .

ومذهب أبي حنيفة مخالف لأصول هذه الأحكام الثلاثة فكان فاسدا : ثم يقال لأبي حنيفة الثواب إنما يستحق على المقاصد بالأعمال لا على أعيان الأفعال لأن صورها في الطاعة والمعصية على سواء كالمراعى بصلاته ، ثم لا يصح أن يكون ثواب العمل موقوفا على غير العامل في استحقاقه أو إحباطه .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم تصدق بها فحمل على أرض صحة الرواية على أن الواجد سأل عن ذلك فأذن له فيه ، وأما الزكاة فلا معنى للجمع بينهما وبين اللقطة ، لأن الزكاة تملك غير مضمون ببذل ، واللقطة تؤخذ مضمونه ببذل فكان الغنى أحق بتملكها ، لأنه أوفى ذمته ، وأما ما ذكره من المضطر فقد جعلناه أصلا .

(مسألة) قال الشافعى رضى الله عنه ولا أحب لأحد ترك اللقطة إذا وجدها وكان أميناً عليها ، وظاهر قوله يقتضى استحباب أخذها دون إيجابه ، وقل أيضا ولا يجوز لأحد ترك اللقطة إذا وجدها ، فكان ظاهر هذا القول يدل على إيجاب أخذها ، فاختلاف أصحابنا لاختلاف هذين الظاهرين ، فكان أبو الحسن بن القطان وطائفة يخرجون ذلك على اختلاف قولين

(أحدهما) أن أخذها استحباب وليس بواجب على ظاهر ما نهر عليه في هذا الموضع لأنه غير مؤتمن عليها ولا مستودع لها .

(والقول الثانى) أن أخذها واجب وتركها مآثم ، لأنه لما وجب عليه حراسته نفس أخيه المسلم وجب عليه حراسته مال أخيه المسلم .

وقال جمهور أصحابنا ، ليس ذلك على قولين ، إنما هو على اختلاف حالين ، فالوضع الذى لا يأخذها إذا كانت يؤمن عليها ويأخذها غيره ممن يؤدى الأمانة فيها ، والموضع الذى أوجب عليه أخذها إذا كانت في موضع لا يؤمن عليها ويأخذها غيره ممن لا يؤدى الأمانة فيها ، لما فى ذلك من التعاون ، وعلى كلتا

الحالتين لا يكره له أخذها إذا كان أميناً عليهما ، بل يدور أخذها بين الاستحباب والوجوب . وحكى عن ابن عباس وابن عمر أنهما كرهما أخذها . وروى أن شريحاً مر بدرهم فلم يعرض له . وفي هذا القول إبطال التعاون وقطع المعروف . وقد أخذ أبي الصرة وأخذ علي الدينار . وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليهما ولا كرهته لهما ، ويجوز أن يكون المحكي عن ابن عباس وابن عمر فيمن كان غير مأمون عليهما ، أو ضعيفاً عن القيام بها . ونحن نكره لغير الأمين عليهما والضعيف عن القيام بها أن يتعرض لأخذها ، وإنما يؤمر به من كان أميناً قوياً ، فلو تركها القوي الأمين حتى هلك فلا ضمان عليه وإن أساء . وإن أخذها لزمه القيام بها ، وإن تركها بعد الأخذ لزمه الضمان . ولو ردها على الحاكم فلا ضمان عليه بخلاف الضوال في أحد الوجهين لأنه ممنوع من أخذ الضوال فضمنها . وغير ممنوع من أخذ اللقطة فلم يضمنها

وقد اختلف العلماء فيما إذا تصرف الملتقط في اللقطة بعد تعريفها سنة ثم جاء صاحبها هل يضمنها له أم لا ؟ فذهب الجمهور إلى وجوب الرد إن كانت العين موجودة أو البديل إن كانت قد استهلك . وخالف في ذلك الكرابيسي صاحب الشافعي ووافقه صاحباه البخاري وداود بن علي الظاهري إمام المذهب المعروف . لكن وافق داود الجمهور إذا كانت العين قائمة .

ومن أدلة الجمهور مما تقدم من الأحاديث « ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها ، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم « فإن جاء صاحبها فلا تكتم فهو أحق بها » وفي رواية للبخاري « فأعرف عفاصها ووكاها ثم كلمها ، فإن جاء صاحبها فأدها إليه ، أي بدلها لأن العين لا تبقى بعد أكلها .

وفي رواية لأبي داود « فإن جاء باغيها فأدها إليه ، والافاعرف عفاصها ووكاها ثم كلمها ، فإن جاء باغيها فأدها إليه ، فأمر بأدائها قبل الإذن في أكلها وبعده .

قال المساوردي في الحاوي الكبير : ان الواجد لو منع بعد الحول من تملكها أدى ذلك إلى أحد أمرين ، إما أن لا يرغب الواجد في أخذها ، وإما أن تدخل

المشقة عليه في استدامه أمساكها ، فكان إباحه التملك لها بعد التعريف أحت
على أخذها وأحفظ لها على مالكمها لثبوت غرمها في ذمتها ، فلا تكون معرضة
للنائب ، وليكون ارتفاق الواجد بمنفعتها في مقابلة ما عاناه في حفظها وتعريفها
وهذه كلها معان استوى فيها الغنى والفقير ، ثم مذهب الشافعي لا فرق بين المسلم
والذمي في أخذها للتعريف ، وتملكها بعد الحول ، لأنها كسب يستوى
فيه المسلم والذمي .

فإذا ثبت جواز تملكها بعد الحول لكل واحد من غنى أو فقير فقد اختلف
أصحابنا بماذا يصير مالكا ؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يصير مالكا لها بمضى
الحول وحده إلا أن يختار أن تكون أمانة فلا تدخل في ملكه . وهذا قول
أبي حفص بن الوكيل لأنه كسب على غير بدل فأشبهه الركا والاصطياد

والوجه الثاني : أنه يملكها بعد مضي الحول باختيار التملك ، فإن لم يختار التملك
لم يملك . وهذا قول أبي إسحاق المروزي ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فإن
جاء صاحبها وإلا فشأنك بها ، فرد أمرها إلى اختياره ، ولأنه أبيع له التملك بعد
الحول بعد أن كان مؤتمنا . فاقضى أن لا ينتقل عما كان عليه إلا باختيار ما أبيع له
والوجه الثالث : أنه لا يملكها بعد مضي الحول إلا بالاختيار والتصرف ،
وهو ما لم يتصرف غير مالك ، لأن التصرف منه كالتبضع فأشبهه الهبة .

فإذا صار مالكمها بما ذكرنا فقد ضمنها لصاحبها فمن جاء طالبا لها رجع بها إن
كانت باقية ، وليس للمتملك أن يعدل به مع بقائها إلى بدائها ، فإن كانت ذا مثل
رجع بمثلها ، وإن كانت غير ذى مثل رجع لقيمتها حين تملكها ، لأنه إذ ذاك
صار ضامنا لها . فإن اختلفا في القيمة فالقول قول متملكها لأنه غارم ؛ فلو كانت
عند مجيء صاحبها باقية ليكن حدث منها نماء منفصل رجع بالأصل دون النماء
لحدوث النماء بعد ملك الواجد

فلو عرف الواجد صاحبها وجب عليه إعلامه بها . ثم ينظر فإن كان ذلك
قبل أن يملكها الواجد فمؤنة ردها على صاحبها دون الواجد كلوديعة . وفي هذه

الحال ترد بنائها متصلا ومنفصلا لأن ذلك قبل زمن التملك . وإن كان بعد تملكها
فؤنة ردها على الواجد دون صاحبها لبقائها على ملكه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن جاء من يدعيها ووصفها ، فإن غلب على ظنه أنها له جاز له
أن يدفع اليه ولا يلزمه الدفع لأنه مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة
فإن دفع اليه بالوصف ثم جاء غيره وأقام البينة أنها له قضى بالبينة لأنها حجة
توجب الدفع فقد تمت على الوصف ، فإن كانت باقية ردت على صاحب البينة ،
وإن كانت تالفة فله أن يضمن الملتقط لأنه دفع ماله بغير حق وله أن يضمن
الآخذ لأنه أخذ ماله بغير حق ، فإن ضمن الآخذ لم يرجع على الملتقط ، لأنه إن
كان مستحقاً عليه فقد دفع ما وجب عليه فلم يرجع ، وإن كان مظلوماً لم يجوز أن
يرجع على غير من ظلمه .

وإن ضمن الملتقط نظرت فإن كان قد أقر الآخذ بالملك بأن قال هي لك لم
يرجع عليه ، لأنه اعترف أنه أخذ ماله وأن صاحب البينة ظلمه فلا يرجع
على من لم يظلمه ، وإن لم يقر له وإن كانه قال يغلب على ظني أنها لك فله الرجوع
لأنه بان أنه لم يكن له ، وقد تلف في يده فاستقر الضمان عليه .

* * *

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : إذا انقط الرجل اللقطة عما لاروح له
ما يحمل ويحول ، فإذا انقط الرجل لقطة قلت أو كثرت عرفها سنة ، ويعرفها
على أبواب المساجد والأسواق ومواضع العامة ، ويكون أكثر تعريفه إياها في
الجماعة التي أصابها فيها ، ويعرف عفاصها ووكاءها وعددها ووزنها وحاليتها
ويكتب ويشهد عليه ، فإن جاء صاحبها وإلا فهي له بعد سنة . على أن صاحبها
متى جاء غيما ، وإن لم يأت فهي مال من ماله . وإن جاء بعد السنة وقد
استهلكها والملتقط حي أو ميت فهو غريم من الغرماء يحاص الغرماء

فإن جاء ووقع في نفسه أنه لم يدع باطلاً أن يعطيه ولا أجبره في الحكم إلا ببيينة تقوم عليها كما تقوم على الحقوق ، فإن ادعاها واحد أو اثنان فسواء لا يجبر على دفعها اليهم إلا ببيينة يقيمونها عليه . وقال أيضاً : ونفتى الملتقط إذا عرف الرجل العفاص والوكاء والعدد والوزن ، ووقع في نفسه أنه صادق أن يعطيه ، ولا أجبره عليه إلا ببيينة لأنه قد يصيب الصفة بأن يسمع الملتقط يصفها .

قلت : وصورتها في رجل ادعى لفظة في يد واجدها ، فإن أقام البيينة العادلة على ملكها وجب تسليمها ، وإن لم يقم بيينة لكن وصفها - فإن أخطأ في صفتها - لم يجز دفعها اليه ، وإن أصاب في جميع صفاتها من العفاص والوكاء والجنس والنعوت والعدد والوزن ، فإن لم يقع في نفسه صدقه لم يدفعها اليه ، وإن وقع في نفسه أنه صادق وأفتياه بدفعها اليه جوازاً لا واجباً - فإن امتنع من الدفع - لم يجبر عليه ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال مالك وأحمد : يجبر على دفعها اليه بالصفة استدلالاً بقوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة . فإن جاء طالبها فادفعها اليه ، فلما أخبر بمعرفة العفاص والوكاء دل على أنه كالبيينة في الاستحقاق .

وروى سويد بن غفلة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : فإن جاء باغيها فعرفك عفاصها ووكاءها فادفعها اليه ، وهذا نص . قالوا : ولأن كل إمارة غلب بها في الشرع صدق المدعى جاز أن يوجب قبول قوله كالبيينات . قالوا : ولأن البيينات في الأصول مختلفة ، وماتعذر منها في الغائب يخفف كالنساء المفردات في الولادة وإقامه البيينة على اللفظة متعذر لا سيما على الدنانير والدرهم التي لا تضبط أعيانها لجاز أن تكون الصفة التي هي غاية الاحوال الممكنة أن يكون بيينة فيها .

ودلينا قوله صلى الله عليه وسلم ، لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، لكن البيينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه . فلم يجعل الدعوى حجة ، ولا جمل مجرد القول حجة بيينة ، ولأن الصفة للمطلوب من تمام الدعوى ، فلم يجز أن تكون بيينة للطالب قياساً على الطلب .

قال الشافعي رضي الله عنه محتجاً عليهم . أرأيت لو وصفها عشرة أعطونها ،

ونحن نعلم أن كلهم كذبة إلا واحداً بغير عينه ، فرد عليه ابن داود فقال : كمالو ادعاهما عشرة وأقام كل واحد منهم بيعة عليهما ، قسمتهما بينهم ، وإن صدق جميعهم مستحيلاً ، كذلك إذا وصفوها كلهم .

والجواب عن هذا من وجهين : أحدهما : أن كذب المدعى أسقط الدعوى من كذب الشهود ، ألا ترى أن كذاب المدعى لنفسه مبطل للدعوى وإكذاب الشهود لأنفسهم غير مبطل للدعوى . والثاني : أن البيعة هي أقصى ما يقدر عليه المدعى وأقوى ما يحكم به الحاكم ؛ فدعت ضرورة الحاكم في البيعة إلى ما لم يدعه من الصفة .

وأما الجواب عن قولهم : اعرف عفاصها ووكاها فهو أن ذلك منه لا يدفعها بصفة العفاص والوكاء ووجوب رده معه ، ولكن لمعان هي أخص بمقصود اللقط ، منها أن بيئته بحفظ العفاص والوكاء ووجوب رده مع قلته ونزارته على حفظ ما فيه ووجوده مع كثرته . ومنها أن يتميز بذلك عن ماله ومنها جواز دفعها بالصفة ، وإن لم يجب ، وعلى هذا المعنى يحمل حديثه ويدرئ عنه الذي جعلوه نصاً .

وأما استدلالهم فنحن ما جعلنا الإمارة على الصدق حجة في قبول الدعوى وإنما جعلنا الأيمان بعدها حجة ، وأما استدلالهم بأن البيئات في الأصول مختلفة فصحيح ؛ وليس في جميعها بيعة تكون بمجرد الصفة ، ولا يكون تعذر البيعة موجبا أن تكون الصفة بينه . ألا ترى أن السارق تتعذر إقامة البيعة عليه ، ولا يكون صفة ما بيده لمدعى سرقة حجة .

فإذا ثبت أن دفعها بالصفة لا يجب فدفعها بالصفة وسعه ذلك إذا لم يقع في نفسه كذبه ؛ فإن أقام غيره البيعة عليها بشاهدين أو شاهد وإمرأتين أو شاهد وبين كان مقيم البيعة أحق بها من الآخذ لها بالصفة ، فإن كانت باقية في يد الواصف انتزعت منه لمقيم البيعة ، وإن كان قد استهلكها نظر في الدافع لها فإن كان قد دفعها بحكم حاكم فلصاحب البيعة الخيار في الرجوع بغيرها على الآخذ لها بالصفة ، وإن كان قد دفعها بغير حكم حاكم فلصاحب البيعة الخيار في الرجوع

بغرمها على من شاء من الدافع الملتقط أو الاخذ الواصف ، فان رجع بها على الاخذ لها بالصفة فله ذلك اضمائه لها باليد ، واستحقاق غرمها بالاتلاف ، وقد برى الدافع لها من الضمان لوصول الغرم إلى مستحقه ، وليس للغارم أن يرجع بما غرمه على الدافع ، لأنه إن كان مستحقا عليه فمن وجب عليه حق لم يرجع به على أحد ، وإن كان مظلوما به فالمظلوم بالشئ لا يجوز أن يرجع به على غير ظالمه .

وإن رجع مقيم البينة بغرمها على الدافع الملتقط نظر في الدافع ، فان كان قد صدق الواصف لها على ملكها وأكذب الشهود لصاحب البينة عليها فلا يسر له الرجوع بغرمها على الآخذ لها بالصفة ، لأنه مقرر أنه مظلوم بالمأخوذ منه ، فلا يرجع به على غير من ظلمه ، وإن لم يكن قد صدق الواصف ولا أكذب الشهود فله الرجوع بالغرم على الآخذ لها بالصفة لضمائه لها بالاستهلاك وتكون البينة موجبة عليه وله ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وجد ضالة لم يخل إما أن تكون في برية أو بلد ، فان كانت في برية نظرت ، فان كانت مما يتمتع على صغار السباع بقوته كالإبل والبقر والحبل والبغال والحمير ، أو بعد أثره لسرعته كالظباء والأرانب ، أو بجناحه كالحمام والدراج ، لم يجز التقاطه للملك ، لما روى زيد بن خالد الجهني قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الإبل فغضب واحمرت عيناه . وقال مالك ولها معها الحذاء والسقاء ، تأكل من الشجر وترد الماء حتى يأتي ربها ، وسئل عن ضالة الغنم فقال : خذها هي لك أو لاخيك أو للذئب ، وهل يجوز أخذها للحفظ ؟ ينظر فيه ، فان كان الواجد هو السلطان جاز ، لأن السلطان ولايه في حفظ أموال المسلمين ، وإذا روى أنه كان لعمر حظيرة يجمع فيها الضوال ، فان كان له حمى نركها في الحمى وأشهد عليها وبسمها بضوال لتمييز عن غيرها من الاموال ، وإن لم يكن له حمى ، فان كان يطعم في حمى صاحبه ، بأن يعرف أنها من نعم قوم يعرفهم ، حفظها اليومين والثلاثة ، وإن لم يعرف أو عرف

ولم يجيء أصحابها بأعمها وحفظ ثمنها ، لأنه إذا تركها احتاجت إلى نفقة ،
وفي ذلك إضرار .

وإن كان الواجد لها من الرعية فففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه يأخذها
للحفظ على صاحبها فجاز كالسلطان (والثاني) لا يجوز لأنه لا ولاية له على صاحبها
بخلاف السلطان ، فإن أخذها للمملك أو للحفظ - وقلنا : إنه لا يجوز - ضمنها
لأنه تعدى بأخذها فضمنها كالغاصب ، وإن دفعها إلى السلطان فففيه وجهان .

(أحدهما) لا يبرأ من الضمان لأنه لا ولاية للسلطان على رشيد .

(والثاني) يبرأ ، وهو المذهب ، لأن للسلطان ولاية على الغائب في حفظ.
ما يخاف عليه من ماله ، ولهذا لو وجدها السلطان جاز له أخذها للحفظ على
مالكها ، فإذا أخذها غيره وسلمها إليه برىء من الضمان ، وإن كان مما لا يمتنع من
صغار السباع كالغنم وصغار الإبل والبقر أخذها ، لحديث زيد بن خالد الجهني أن
رسول الله صلى الله عليه قال في ضالة الغنم : أخذها هي لك أو لأخيك أو للذئب ، ولأنه
إذا تركها أخذها غيره أو أكلها الذئب ، فكان أخذها أحوط لصاحبها ، وإذا
أخذها فهو بالخيار بين أن يمسكها ويتطوع بالإتفاق عليها ويعرفها - ولا ثم
يملكها وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرفها ثم يملك الثمن ، وبين أن يأكلها
ويغرم بدلها ويعرفها ، لأنه إذا لم يفعل ذلك احتاج إلى نفقة دائمة ، وفي ذلك
إضرار بصاحبها ، والامساك أولى من البيع والاكل لأنه يحفظ العين على صاحبها
ويجوز فيها على سنة الالتقاط في التعريف والتملك ، والبيع أولى من الأكل ،
لأنه إذا أكل استباحها قبل الحول ، وإذا باع لم يملك الثمن إلا بعد الحول ، فكان
البيع أشبه بأحكام اللفظة ، فإن أراد البيع ولم يقدر على الحاكم بأعمها بنفسه ، لأنه
موضع ضرورة ، وإن قدر على الحاكم فففيه وجهان .

أحدهما : لا يبيع إلا بإذنه ، لأن الحاكم له ولاية ، ولا ولاية للملئق .

والثاني : يبيع من غير إذنه لأنه قد قام مقام المالك فقام مقامه في البيع ، وإن
اكل فهل يلزمه أن يعزل البدل مدة التعريف ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يلزمه ، لأن كل حالة جاز أن يستبيع أكل اللفظة لم يلزمه عزل

البديل كما بعد الحول ، ولانه اذا لم يعزل كان البديل قرصاً في ذمته ، واذا عزله كان أمانة والقرض أحوط من الامانة .

(والثاني) يلزمه عزل البديل لانه أشبه بأحكام اللقطة ، فإن من حكم اللقطة أن تكون أمانة قبل الحول ، وقرضاً بعد الحول ، فيصير البديل كاللقطة ان شاء حفظها له وان شاء عرفها ثم تملك .

وان أفلس الملتقط كان صاحبها أحق بها من سائر الغرماء ، وان وجد ذلك في بلد . فقد روى المزني أن الصغار والكبار في البلد لقطة ، فمن أصحابنا من قال : المذهب ما رواه المزني ، لان النبي صلى الله عليه وسلم انما فرق بين الصغار والكبار في البرية ، لأن الكبار لا يخاف عليها لأنها ترد الماء وترعى الشجر وتحفظ بنفسها ، والصغار يخاف عليها لأنها لا ترد الماء والشجر فتهلك ، وأما في البلد قال الكبار كالصغار في الخوف عليها ، فكان الجميع لقطة . ومن أصحابنا من قال : فيه قول آخر أن البلد كالبرية ، فالصغار فيه لقطة ، والكبار ليست بلقطة لعدم الخبر ، فإن قلنا : ان البلد كالبرية فالحكم فيه على ما ذكرناه الا في الاكل ؛ فله أن يأكل الصغار في البرية ، وليس له أكلها في البلد ، لأن في البرية اذا لم يأكل الصغار هلك ، لانه لا يمكن بيعها ، وفي البلد يمكن بيعها ، فلم يجوز الاكل ، وان قلنا : ان الجميع في البلد لقطة فالحكم في الكبار كالحكم في الصغار في البرية الا في الاكل ، فإنه لا يأكل في البلد ويأكل الصغار في البرية لما ذكرناه .

(فصل) وان وجد عبداً صغيراً لا تمييز له جاز له أن يملكه ، لانه كالغنم يعرفه حولاً ثم يملكه ، وان وجد جارية صغيرة لا تمييز لها ، فان كان لا يحل له وطؤها جاز له أن يملكها للملك ، كما يجوز أن يقترضاها ، وان كانت تحل له لم يجوز أن يملكها للملك كما لا يجوز أن يقترضاها .

(الشرح) حديث زيد بن خالد الجهني متفق عليه ، وقد مضى الكلام عليه في الفصل قبله .

أما الأحكام : فان ضلال الحيون اذا وجدت لم يخل حالها من أحد أمرين ، اما أن توجد في صحراء أو في مصر ؛ فان وجدت في صحراء فعلى ضريين :

(أحدهما) أن يكون مما يصل بنفسه الى الماء والرعى ، ويدفع عن نفسه صغار السباع ، اما لقوة جسمه كالإبل والبقر والحيل والبغال والحير . واما لبد أثره كالغزال والأرنب والطير ، فهذه الأنواع كلها لا يجوز لواجدها أن يتعرض لأخذها اذا لم يعرف مالكم لقوله صلى الله عليه وسلم في ضوال الإبل : مالك ولها معها حذاؤها ، أى خفها الذى يقيها العثرات وتعتمد عليه فى السير الى المرعى بدون أن يتجشم أحد تقديم الطعام اليها ، ومعهها سقاؤها ، إشارة الى طول عنقها ، فتعتمد عنقها الى الماء فلا تحتاج الى من يقدمه لها . ولذا قال : ترد الماء وتاكل الشجر حتى يأتى ربها ولائها تحفظ. أنفسها فلم يكن لأصحابها حظ. فى أخذها فإن أخذها لم يخل من أحد أمرين ، اما أن يأخذها لقطة لئتملكها ان لم يأت صاحبها ، فهذا متعدد وعليه ضمانها ، فان أرسلها لم يسقط الضمان .

وقال أبو حنيفة ومالك : قد سقط الضمان عنه بالارسال بناء على أن من تعدى فى ودیعة ثم كف عن التعدى فعندهما يسقط عنه الضمان . وعند الشافعى وأصحابه لا يسقط ، فان لم يرسلها ودفعها الى مالكم فقد سقط عنه ضمانها بأدائها الى مستحقها ، وان دفعها الى الحاكم عند تعذر المالك فى سقوط الضمان وجهان : (أحدهما) قد سقط لأن الحاكم نائب عن غاب (والثانى) لا يسقط لأنها قد تكون لحاضر لا يولى عليه .

والامر الثانى : أن لا يأخذها لقطة ولكن يأخذها حفظا لها على مالكم ، فان كان عارفاً بمالكها لم يضمن ويده يد أمانة حتى تصل الى المالك . وان كان غير عارف للمالك فى وجوب الضمان وجهان

(أحدهما) لا ضمان لأنه من التعاون على البر والتقوى

(والوجه الثانى) عليه الضمان لأنه لا ولاية له على غائب ، فان كان والياً كالإمام أو الحاكم فلا ضمان عليه ؛ فقد روى أن عمر رضى الله عنه كانت له حظيرة يحظر فيها ضوال المسلمين . فهذا حكم أحد الضربين

والضرب الثانى : مالا يدفع عن نفسه ويعجز عن الوصول الى الماء والرعى كالغنم والدجاج ، فلو أخذه وأكله فى الحال من غير تعريف ، غنيا كان أو فقيراً

فعلية غرمه لما لك إذا وجدته ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك وداود : هو غير مضمون عليه وبأكله أكل إباحة ولا غرم عليه في استهلاكه استندلا بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : هي لك أو لأخيك أو للذئب ، ومعلوم أن ما استهلكه الذئب هدر لا يضمن ، وإنما أراد بيان حكم الأخذ في سقوط الضمان ، ولأن ما استباح أخذه من غير ضرورة إذا لم يلزمه تعريفه لم يلزمه غرمه كالدراهم ودابلنا قوله صلى الله عليه وسلم : لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ، ولأنها لقطة يلزمه ردها مع بقائها ، فوجب أن يلزمه غرمها عند استهلاكها قياساً على اللفظة في الأموال ، ولأنها ضالة فوجب أن تضمن بالاستهلاك كالإبل .

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم : هي لك أو لأخيك أو للذئب ، فهو أنه نبه بذلك على إباحة الأخذ وجواز الأكل دون الغرم . وأما الركاز فإنه لا يلزم رده فلذلك سقط غرمه ، وليس كذلك الشاة ، لأن ردها واجب فصار غرمها واجباً .

فإذا ثبت جواز أخذ الشاة وما لا يدفع عن نفسه وإباحة أكله ووجوب غرمه فكذلك صغار الإبل والبقر ، لأنها لا تمنع عن أنفسها كالغنم ثم لا يخلو حال واجد الشاة وما في معناها من أربعة أحوال

(أحدها) أن يأكلها فيلزمه غرم قيمتها قبل الذبح عند الأخذ في استهلاكها ويكون ذلك مباحاً لا يأثم به وإن غرم

(والحال الثانية) أن يتملكها ليستبقها حية لدر أو نسل فذلك له ، لأنه لما استباح تمليكها مع استهلاكها فأولى أن يستبيع تمليكها مع استبقائها ثم في صحة ضمانها وجهان كالعارية مخرجا . وفي الاختلاف قولان في ضمان المداق ، أحدهما أنه ضامن لقيمتها أكثر ما كانت من حين وقت التملك الى وقت التلف ، فإن جاء صاحبها وهي باقية وقد أخذ الواجد درهما ونشأها كان الدر والنسل للواجد لحدوثه على ملكه ، والدالك أن يرجع بها دون قيمتها . فإن بذل له الواجد قيمتها لم يجبر على أخذها مع بقاء عينها إلا أن يتراضيا على ذلك فيجوز ، فلو كانت

الشاة حين رجع بها المالك زائدة في بدنهما أو قيمتهما لم يكن للواجد حق في الزيادة وكانت المالك تبعاً للأصل ، ولو كانت ناقصة رجع المالك بنقصها على الواجد لأنها مضمونة بالتلف فكانت مضمونة بالنقص .

والحال الثالثة : أن يستقيمها في يديه أمانة لصاحبها فذلك له ، لأنه لما جاز أن يملكها على صاحبها فأولى أن يحفظها لصاحبها . ولا يلزمه تعريفها ، لأن ما جاز تملكه سقط تعريفه ، ولا يلزمه إخبار الحاكم بها ولا الإشهاد عليها ، بل إذا وجد صاحبها سلمها إليه ، ولا ضمان عليه مدة إمساكها لصاحبها لو تلفت أو نقصت لأن يده يد أمانة كالعرف .

وقال بعض أصحابنا وجهاً آخر أنه يضمنها لأن إباحة أخذها مقصور على الأكل الموجب للضمان دون الائتمان . وهكذا القول فيما حدث من درها ونسائها على المذهب لا يضمنه . وعلى هذا الوجه يضمنه ، فإن أنفق عليها أكثر من مؤنة علوفتها ، فإن كان ذلك منه مع وجود حمى للمسلمين ترعى فيه فهو متطوع بالنفقة وليس له الرجوع بها ، وإن كان مع عدم الحمى ؛ فإن كان عن إذن الحاكم رجع بما أنفق ، وإن كان عن غير إذنه ، فإن كان قادراً على استئذانه لم يرجع بها وإن لم يقدر على استئذانه ، فإن لم يشهد لم يرجع . وإن أشهد ففي رجوعه بها وجهان (أحدهما) يرجع للضرورة (والثاني) لا يرجع لئلا يكون حاكم نفسه فلو أراد بعد إمساكها أمانة ، أن يملكها ففي جوازها وجهان (أحدهما) له ذلك كالابتداء (والثاني) ليس له ذلك لاستقرار حكمها

فأما أن أراد أن يملك درها وتسليمها من غير أن يملك أصلها لم يكن له ذلك وجهاً واحداً ؛ لأنه فرع يتبع أصله ، فلو أرسلها بعد إمساكها أمانة لزمه الضمان إلا أن يرفعها إلى حاكم فلا يضمن .

ولو نوى تملكها ثم أراد أن يرفع ملكه عنها لتكون أمانة لصاحبها لم يسقط عنه ضمانها . وفي ارتفاع ملكه عنها وجهان

(أحدهما) لا يرتفع ملكه لأن الملك لا يزول إلا بقبول الممتلك ، فعلى هذا يكون مالكا لما حدث من درها ونسلم البقايا على ملكه .

والوجه الثاني: يرتفع ملكه عنها مع بقاء ضمانها وذلك أحوط لما لكما، ووجه ذلك أنه لما جاز أن يتملكها من غير بذل مالها جاز أن يزول ملكه عنها من غير قبول متملكها، فعلى هذا يكون الحادث من درها ونسائها ملك لربها تبعاً لأصلها وعليه ضمانه كالأصل.

والحال الرابعة: أن يريد بيعها فلا يخلو ذلك من أحد أمرين: إما أن يبيعها قبل أن يملكها فذلك له ويكون ضامناً بقيمتها دون ثمنها. وفي هذه الحال تفصيل مضي للمصنف في فصل مضي.

قال المزني فيما وصفه بخطه: إذا وجد الشاة أو البعير أو الدابة ما كانت في المصر أو في قرية فهي لقطة يعرفها سنة.

قد مضى حكم ضوال الإبل والغنم إذا وجدها في الصحراء، فأما إذا وجدها في البلد أو المصر فالذي حكاه المزني فيها وجدته بخط الشافعي أنها لقطة له أخذها وعليه تعريفها حولاً.

وحكى عن الشافعي في الأم أنها في المصر والصحراء سواء، يأكل الغنم ولا ولا يعرض للإبل، فاختلف أصحابنا فمنهم من خرج ذلك على قولين (أحدهما) أن المصر كالبادية يأكل الغنم ولا يعرض للإبل، وهي المحكى في الأم لعموم قوله (ص) «ضالة المأمن حرق النار» أخرجه أحمد وابن ماجه وابن حبان والطبراني والطحاوي من حديث عبد الله بن الشخير.

والقول الثاني: أنها لقطة يأخذها الغنم والإبل جميعاً، ويعرفها كسائر اللقطة حولاً كاملاً، وهو الذي حكاه المزني عنه فيما لم يسمع منه، لأن قوله صلى الله عليه وسلم في ضوال الإبل: معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر يختص بالبادية التي يكون فيها الماء والشجر دون المصر، وهي تمنع صغار السباع عن أنفسها في البادية، ولا يقدر على منع الناس في المصر، والشاة تؤكل في البادية لأن الذئب يأكلها وهو لا يأكلها في المصر، فاختلف معناهما في البادية والمصر فاختلف حكمهما.

ومن أصحابنا من يحمل جواز أحدهما على تسليمها إلى الإمام وحمل المنع من أخذها على سبيل التملك. هذا وبقية ما جاء في الفصل على وجهه. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن وجد كلب صيد لم يجوز أن ينتفع به قبل الحول فإن عرفه حولا ولم يجد صاحبه جاز له أن ينتفع به : لأن الانتفاع بالكلب كالتصرف في المال والتصرف في المال يقف على التعريف في الحول ، فكذلك الانتفاع بالكلب .

(فصل) وإن وجد ما لا يبقى كالشواء والطبيخ والخبار والبطيخ فهو بالخيار بين أن يأكله ويغرم البذل ، وبين أن يبيعه ويحفظ الثمن على ما ذكرناه في الغنم في بيعه وحفظ ثمنه وأكله وعزل بدله ، وخرج المذني فيه قولا آخر أنه يلزمه البيع ، ولا يجوز الأكل ، والمذهب الأول ، لأنه معرض للهلاك بخلاف غيره فيه بين البيع والأكل كالغنم ، وإن وجد ما لا يبقى ولكن يمكن التوصل إلى حفظه كالرطب والعنب - فإن كان الانتفع لصاحبه أن يباع - بيع ، وإن كان الانتفع أن يحفف جفف ، وإن احتاج إلى مؤنة في تجفيفه ولم يوجد من يتطوع ببيع بعضه وأنفق عليه .

(فصل) وإن وجد خمرأ أراقها صاحبها لم يلزمه تعريفها ، لأن أراقها مستحقة فلم يجوز التعريف ؛ فإن صارت عنده خلا ففيه وجهان . أحدهما : أنها لمن أراقها لأنها عادت إلى الملك السابق ، والملك السابق للذي أراق ، فعاد إليه كما لو غصبه من رجل فصار في يده خلا . والثاني : أنه للملتقط لأن الأول أسقط حقه منها فصارت في يد الثاني ، ويخالف المصنوعة لأنها أخذت بغير رضاه فوجب ردها إليه .

(فصل) قاتل العبد إذا وجد لقطة ففيه قولان (أحدهما) له أن يلتقط . لأنه كسب بفعل الجواز للعبد كالاصطياد (والثاني) لا يجوز لأن الالتقاط يقتضي ولاية قبل الحول وضمنا بعد الحول والعبد ليس من أهل الولاية ولا له ذمة يستوفي منها الحق إلى أن يعتق ويوسر ، فإن قلنا : أنه يجوز أن يلتقط . فالتقط . فملك في يده من غير تفريط . لم يضمن ، وإن ملك بتفريط ضمنها في رقبته فتباع فيها ؛ وإن عرفها صح تعريفه ولا يملك به لأنه في أحد القوانين لا يملك المال ،

وفي الثاني : يملك اذا ملكه السيد ، وههنا لم يملكه السيد ، فان قلنا : ان الملقط يملك بالتعريف من غير اختيار التملك دخل في ملك السيد كما يدخل في ملكه ما التقطه وعرفه ، وان قلنا : لا يملك الا باختيار التملك وقف على اختياره ، فان تملكها العبد وتصرف فيها ففيه وجهان .

(أحدهما) بضمناها في ذمته ويتبع بها اذا عتق كما لو اقترض شيئا .

(والثاني) بضمناها في رقبته لانه مال لزمه بغير رضا من له الحق ، فتعلق برقبته كأرض الجنابة .

وان علم السيد نظرت فان لم يكن عرفها العبد عرفها السيد حولاً ثم تملك وان عرفها العبد تملكها السيد في الحال لأن تعريف العبد كتعريفه فان عرفها العبد بعرض الحول عرفها السيد ما بقي ثم تملك ، وان أقرها في يد العبد نظرت ، فان كان العبد أميناً لم يضمن كما لا يضمن ما التقطه بنفسه وسلمه الى عبده ، وان كان خائناً ضمنها كما لو التقطها بنفسه وسلمها اليه وهو خائن .

وان قلنا : أنه لا يجوز أن يلقط فالتقط ضمنها في رقبته لانه أخذ مال غيره بغير حق فأشبهه اذا غصبه ، وان عرفها لم يصح تعريفه لانها ليست في يده بحكم اللقطة ، فان علم السيد نظرت ، فان أخذها صارت في يده أمانة لانه أخذ ما يجوز له أخذه بحكم الالتقاط فصار كما لو وجد لقطة فالتقطها وبرأ العبد من الضمان لانه دفعها الى من يجوز الدفع اليه فبرئ من الضمان كما لو دفعها الى الحاكم .

وان أراد أن يملك ابتداءً التعريف ثم تملك ، فان أقرها في يد العبد ليعرفها فان كان أميناً لم يضمن كما لو استعان به في تعريف ما التقطه بنفسه وان لم يأخذها ولا أقرها في يده ولكنه أهملها ، فقد روى المزني أنه يضمنها في رقبة العبد . وروى الربيع أنه يضمنها في ذمته ورقبة العبد ، فمن أصحابنا من قال : الصحيح ما رواه المزني أنه يختص برقبته لأن الذي أخذ هو العبد فاختص الضمان برقبته فعلى هذا ان تلف العبد سقط الضمان .

وقال أبو اسحاق : الصحيح ما رواه الربيع وأنه يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد لأن العبد تعدى بالأخذ والسيد تعدى بالترك فاشتركا في الضمان ، فعلى هذا ان

تلف العبد لم يسقط الضمان وان التقط العبد لقطة ولم يعلم السيد بها حتى اعتقه ،
فعلى القولين ، إن قلنا : أنه يجوز للعبد أن يلتقط. كان للسيد أن يأخذها منه لأنه
كسب له حصل له في حال الرق فيكون للسيد كسائر أكسابه ، وإن قلنا : لا يجوز
له أن يلتقط. لم يكن للسيد أن يأخذها منه لأنه لم يثبت للعبد عليه يد الالتقاط ،
فعلى هذا يكون العبد أحق بها لأنها في يده وهو من أهل الالتقاط (١) ، ويحتمل
أن لا يكون أحق بها لأن يده ضمان فلا تصير يد أمانة .

(فصل) وإن وجد المكاتب لقطة فالمنصوص أنه كالحر ، واختلف أصحابنا
فيه : فمنهم من قال : أنه كالحر قولاً واحداً لأنه يملك التصرف في المال وله ذمة
يستوفي منها الحق فهو كالحر ، ومنهم من قال : هو كالعبد لأنه ناقص بالرق
كالعبد فيكون في التقاطه قولان ، فإن قلنا : أنه كالحر أو قلنا أنه كالعبد وجوزنا
التقاطه صح تعريفه فإذا عرفها ملكها لأنه من أهل الملك ، وإذا قلنا أنه كالعبد
ولم يجوز التقاطه صار ضامناً لأنه تعدى بالاختصاص ويجب أن يسلمها إلى السلطان
لأنه لا يمكن إقرارها في يده لأنها في يده بغير حق ولا يمكن تسليمها إلى السيد
لأنه لا حق له في أكسابه فوجب تسليمها إلى السلطان فإن أخذها السلطان برى
المكاتب من الضمان فتكون في يد السلطان أبداً إلى أن يجد صاحبها .

(فصل) وإن وجد اللقطة من نصفه حر ونصفه عبد فالمنصوص أنه كالحر
فإن أصحابنا من قال : هو كالحر قولاً واحداً لأنه تملك ملكاً تاماً وله ذمة صحيحة
فهو كالحر ، ومنهم من قال هو كالعبد القن لما فيه من نقص الرق فيكون على قواين
فإذا قلنا : أنه كالحر نظرت ، فإن لم يكن بينه وبين السيد مهايأة كانا شريكين فيما
كسائر أكسابه ، وإن كان بينهما مهايأة ، فإن قلنا : أن الكسب النادر لا يدخل
في المهايأة كانت اللقطة بينهما لأنه بمنزلة ما لم يكن بينهما مهايأة ، وإن قلنا : أن
الكسب النادر يدخل في المهايأة كانت اللقطة لمن وجدها في يومه .

(فصل) وإن وجد المحجور عليه لشفه أو جنون أو صغر لقطة صح التقاطه

(١) هكذا بالأصل ولينظر فيه فإنه جملة من غير أهل الالتقاط : ان تصححه

لأنه كسب بفعل فصيح من المحجور عليه كالأصطياد وعلى الناظر في أمره أن ينتزعها منه ويعرفها لأن اللقطة في مدة التعريف أمانة والمحجور عليه ليس من أهل الأمانة فإن كان ممن يجوز الاقتراض عليه تملكها له ، وإن كان ممن لا يجوز الاقتراض عليه لم يملك له لأن التملك بالالتقاط كالتملك بالاقتراض في ضمان البدل .

(فصل) وان وجد الفاسق لقطة لم يأخذها لأنه لا يؤمن أن لا يؤدي الأمانة فيها فإن التقطها ففيه قولان .

(أحدهما) لا تقر في يده وهو الصحيح لأن المانقط قبل الحول كالولي في حق الصغير . والفاسق ليس من أهل الولاية في المال

(والثاني) تقر في يده لأنه كسب بفعل فاجر في يده كالصيد ، فعلى هذا يضمن اليه من يشرف عليه وهل يجوز أن ينفرد بالتعريف فيه قولان (أحدهما) يجوز لأن التعريف لا يفتقر إلى الأمانة (والثاني) لا يجوز حتى يكون معه من يشرف عليه لأنه لا يؤمن أن يفرط في التعريف فإذا عرفه ماله لأنه من أهل التملك .

(فصل) وان النقط كافر لقطة في دار الإسلام ففيه وجهان (أحدهما) يملك بالتعريف لأنه كسب بالفعل فاستوى فيه الكافر والمسلم كالصيد (والثاني) لا يملك لأن تصرفه بالحفظ والتعريف بالولاية . والكافر لا ولاية له على المسلم

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : فإن كانت اللقطة طعاماً رطباً لا يبقى فيه أن يأكله إذا خاف فساده ويغرمه لربه . وقال فيما وضع خطه لا أعلمه سمع منه إذا خاف فساده أحببت أن يبيعه ويقيم على تعريفه . قال المزني : هذا أولى القولين به اهـ .

قلت : أما الطعام الرطب فضربان : أحدهما أن يكون مما يبس فيبقى كالرطب الذي يصير تمرأ ، والعنب الذي يصير زبيباً فهذا حكمه حكم غير الطعام في وجوب تعريفه واستبقائه ، فإن احتاج تجفيفه إلى مؤنة كانت على مالكه ، ويفعل الحاكم أحفظ. الأمرين للمالك من بيعه أو الانفاق عليه .

(والضرب الثاني) أن يكون مما لا يبقى كالطعام الذي يفسد بالامساك كالحريسة والفواكه والبقول التي لا تبقى على الأيام ، فقد حكى المزني عن الشافعي ههنا أنه

قال في موضع : يا كله الواجد : وقال في موضع آخر : أحببت أن يبيعه ، فاختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وطائفة من أصحابنا يخرجون على قوانين .

(أحدهما) لو أجده أكله كالشاة التي لما تعذر استبقاؤها أبيح لو أجدها أكلها (والقول الثاني) ليس لو أجده أكله بخلاف الشاة لا يجب تعريفها فأبيح له أكلها ، والطعام وإن كان رطباً يجب تعريفه فلم يستبح وأجده أكله . وحكى أبو علي بن أبي هريرة أن ذلك على اختلاف حالين إن كان الحاكم موجوداً يقدر على بيعه لم يكن لو أجده أكله ، وإن كان معدوماً جاز أكله .

وكان أبو القاسم الصيمري يقول : اختلاف حاله في إباحة أكله معتبر بحال وأجده ، فإن كان فقيراً محتاجاً استباح أكله ، وإن كان غنياً لم يستبحه ، فإن قلنا بجواز أكله فأكله صار ضامناً لقيمته وعليه تعريف الطعام حولا ، وهل يلزمه عزل قيمته من ماله عند أكله أم لا ؟ على قوانين ،

(أحدهما) يلزمه عزل القيمة لئلا يصير متملك اللقطة .

(والقول الثاني) لا يجب عليه عزلها لأنه لو عزلها فملكته كانت من ماله ، فكانت ذمته أحظ لها ، ولم يكن عزلها مفيداً ، ومن قال بالاول جعل قاعدة عزلها أنه لو أفلس بعد عزل قيمتها ثم حضر المال كان أولى بالمعزول من قيمتها من جميع الغرماء ، وزعم أن تلفها من يده بعد وجوب عزلها لا يوجب عليه غرمها فصار في ضمانه للثمن أن تلف بعد وجوب عزلها وجهين . أحدهما - وهو قول ابن أبي هريرة أنه يكون مضموناً عليه . والثاني وهو الاشبه : أنه لا ضمان عليه لأن الثمن مع وجوب عزلها يقوم مقام الاصل مع بقائه .

وإذا قلنا : لا يجوز له أكله فعليه أن يأتي الحاكم حتى يأذن له في بيعه ، ولا يجوز أن يتولى بنفسه مع القدرة على استئذان الحاكم بخلاف الشاة إذا وجدها وأراد بيعها لأن يده على الشاة أقوى لما استحققه عاجلاً من أكلها ويده على الطعام أضعف لما وجب عليه من تعريفه ، فإن أعوزه إذن الحاكم جاز بيعه فلو باع ، بإذن الحاكم كان الثمن في يده أمانة ، وعليه تعريف الطعام حولا ،

فإن جاء صاحبه فليس له إلا الثمن دون القيمة ، ولو لم يأت صاحبه فلو وجد أن يتملك الثمن . ولو هلك الثمن في يده قبل الحول أو بعده وقبل التملك له كان تالفاً من مال ربه ولا ضمان على الملتقط ، وهكذا حكم الثمن لو كان الواجد هو البائع عند إعواز الحاكم .

فأما إن باعه مع وجود الحاكم فبيعه باطل والمالك القيمة دون الثمن لفساد العقد ، فإن تلف الثمن من يد الواجد قبل الحول عليه غرمه لتعديده بقبضه مع فساد بيعه ، فإن حضر المالك والثمن بقدر القيمة من غير زيادة ولا نقص أخذه وهو مبالغ حقه ، وإن كان أقل فله المطالبة بتكمال القيمة ويرجع على المشتري لأن المشتري اشترى شراء فاسداً فكان ضامناً للقيمة دون المسمى إلا أن يشاء المالك أن يسامح بفاضل القيمة ويكون الباقي منه مردوداً على المشتري ، إذ ليس يلزمه إلا القيمة . وما ساقه المصنف من مسائل فعلى وجهه ، هذا وما ذكر في الفصل من كلب الصيد إذا التقط فقد وفاه في المجموع في الصيد فاشدد به يدك

(فرع) مذهبنا لا فرق بين المسلم والذمي في أخذها للتعريف والتملك بعد الحول لأنها كسب يستوى فيه المسلم والذمي .

وقال بعض أصحابنا : لا حق للذمي فيها وهو ممنوع من أخذها وتملكها لأنه ليس من أهل التعريف لعدم ولايته على مسلم ، ولا بمن يملك مرافق دار الإسلام كإحياء الموات . ولا حمد وأصحابه أنه كالصبي والمجنون فإنه يصح انتقاطهما مع عدم الأمانة ، فإذا انتقطها الذمي وعرفها حولا مملكها كالمسلم ، وإن علم بها الحاكم أو السلطان أقرها في يده وضم إليه مشرفاً عدلاً (حارساً) يشرف عليه ويعرفها قالوا لا ننأى لأننا من الكافر على تعريفها ولا نأمنه أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه . ويحتمل عندهم أن تنزع من يد الذمي وتوضع على يد عدل ، لأنه غير مأمون عليها ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب المقيط

التقاط المنيوذ فرض على الكفاية لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى)
ولأنه تخلص آدمي له حرمة من الهلاك فكان فرضا كبذل الطعام للمضطر .

(فصل) وإن وجد لمقيط مجهول الحال حكم بحريته ، لما روى سنين أبو جميلة
قال : أخذت منيوذاً على عهد عمر رضي الله عنه فذكره عريفي لعمر رضي الله عنه
فأرسل إلى فدعاني والعريف عنده ، فلما رأي قال : عسي الغوير أبوسا ، فقال
عريفي إنه لا يتهم ، فقال عمر : ما حملك على ما صنعت ؟ قلت : وجدت نفساً
بمضيعة فأحببت أن يأجرني الله فيه ، فقال هو حر وولاؤه لك وعلينا رضاعه .
ولأن الأصل في الناس الحرية ، فإن كان عليه ثياب أو حلي أو تحته فراش أو في
يده دراهم أو عنان فرس ، أو كان في دار ليس فيها غيره فهي له ، لأنه حر ،
فكان ما في يده له كالبالغ .

وإن كان على بعد منه مال مطروح أو فرس مربوط لم يكن له لأنه لا يد له
عليه . وإن كان بالقرب منه وليس هناك غيره ففيه وجهان

(أحدهما) ليس له لأنه لا يد له عليه (والثاني) له لأن الإنسان قد يترك
ماله بقربه فإذا لم يكن هناك غيره فالظاهر أنه له ، وإن كان تحته مال مدفون لم يكن
له لأن البالغ لو جلس على الأرض وتحتة دفين لم يكن له ذلك فكذلك المقيط .

(فصل) وإن وجد في بلد من بلاد المسلمين وفيه مسلم فهو مسلم ، لأنه
اجتمع له حكم الدار وإسلام من فيها ، وإن كان في بلد الكفار ولا مسلم فيه ،
فهو كافر ، لأن الظاهر أنه ولد بين كافرين . وإن كان فيه مسلم ففيه وجهان .
(أحدهما) أنه كافر تغليباً لحكم الدار (والثاني) أنه مسلم تغليباً لإسلام المسلم
الذي فيه . وإن النقطه حر مسلم أمين مقيم موثر أقر في يده ؛ لما ذكرناه من
حديث عمر رضي الله عنه ، ولأنه لا بد من أن يكون في يد من يكفله ، فكان
الملتقط أحق به لحق السبق

(الشرح) أثر عمر وسنين أبي جميلة رواه سعيد بن منصور عن سفيان عن الزهري سمع سفيناً أبا جميلة بهذا . وقال الأمير ابن مالك في كتاب الإكمال : سنين بنونين بينهما باء حج مع النبي صلى الله عليه وسلم حجة الوداع ، وروى عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، وروى عنه الزهري .
قال أبو موسى : سنين بن فرقد .

أما غريب الخبر فقوله (قد كره عربى) العريف رجل يكون رئيساً على نفر يعرف أمورهم ويجمعهم عند الغزو ، وهو فاعيل بمعنى فاعل وقوله عسى الغوير أبوساً ، الغوير ماء ابني كلب وهذا مثل ، أول من تكلم به الزباء ملكة تدمر حين رأت الأبل عليها الصناديق فاستنكرت شأن قصير إذ أخذ على غير الطريق أرادت عسى أن يأتى ذلك الطريق بشر ، والأبوس جمع بأس وانتصابه بعسى على أنه خبره على ما عليه أصل القياس .

وقال الأصمعى : أصله أنه كان غار فيه ناس فانهار عليهم أو اتاهم فيه عدو فقتلهم فصار مثلاً لكل شيء يخاف أن يأتى منه شر . وقوله بمضيعة على وزن مهيضة أى مهلكة من ضاع الشيء أى هلك ، وقد أتى على هذا الوزن في قول قيس بن ذريح :

بدار مضيعة تركتك لبنى كذلك الحين يهدى للمضاع
هكذا أفاده ابن بطال في شرح غريب المذهب ،

واللقيط فاعيل بمعنى مفعول وهو الملقوط ، وهو يطاق على الطفل المنبوذ والتقاطه واجب لقوله تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى ، ولأن فيه إحياء نفس فكان واجباً كإطعام المضطر وإنجائه من الغرق ، وكذلك قوله تعالى : ومن أحيائها فكانما أحيى الناس جميعاً ، على أن تسميته منبوذاً بعد أخذه والتقاطه أو تسميته لقيطاً قبل أخذه فهذا وإن كان مجازاً لكنه صار حقيقة شرعية فهو بعد أخذه يبنى مجازاً بناء على زوال الحقيقة بزوال المعنى المشتق منه .

وحكمه شرعاً فرض كفاية إذا علم به جماعة وأداه بعضهم سقط عن الباقين ،

فإن ترك الجماعة أثموا جميعا إذا علموا فتركوه مع إمكان أخذه . على أن اللقيط حر في قول عامة أهل العلم إلا النخعي .

قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر ، روى هذا عن عمر وعلى رضي الله عنهما ، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم وحماد ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأحمد بن حنبل وأصحاب الرأي ومن تبعهم .

وقال النخعي : إن النقطة للحسبة فهو حر ، وإن كان أراد أن يستترقه فذلك له ، وذلك قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء ، ولا يصح في النظر ، فإن الأصل في الأدميين الحرية ، فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً ؛ وإنما الرق للعارض فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الأصل .

واللقيط إما أن يوجد في دار الإسلام أو في دار الكفر ؛ فالأولى ضربان ، دار اختطها المسلمون وأحدثوا مبانيها ابتداء أو أعادوا بناءها بعد أن كانت لغيرهم لغلبة الإسلام عليها واصطبغوا بصبغة الإسلام فلا يوجد فيها من غير المسلمين إلا قليل فلقيط هذه البلاد يحكم بإسلامه ، وإن كان فيها أهل ذمة تغلبوا للإسلام وإظهار الدار ، ولأن الإسلام يعلم ولا يعلم ، فمثل التي أنشأها المسلمون الكوفة والبصرة وبغداد والقاهرة والفسطاط وتونس والرباط ، ومثل التي أعادها المسلمون الإسكندرية ودمشق ودمنهور والقدس صانها الله وطهرها من رجس أعدائه اليهود ، وقد مضى عام بتمامه منذ غزاها اليهود إلى ساعة كتابة هذا الفصل وحسبنا الله ونعم الوكيل .

(الضرب الثاني) بلاد فتحها المسلمون وبقي أهلها على دينهم فإذا وجد فيها مسلم واحد كان لقيطها مسلماً تغلبها لحكم الإسلام ووجود مسلم فيها .
وأما بلد الكفار فضربان أيضاً ، بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كبلاد فلسطين فهذا كالضرب الذي قبله إن كان فيه مسلم حكمه بالإسلام لقيطه : الثاني بلد لم يفتحها المسلمون من قبل أو فتحوه وغلب الكفار عليه واستأصلوا منه شأفة المسلمين كبلاد الأندلس (لقي على قرطبه ومرسية وقشتالة وغرناطة ومجريط) مدريد ، وميورقة كلفني على ربوع المسجد الأقصى وما حوله من المباركات)

ففي لقيطها مع وجود مسلم فيها وجهان (أحدهما) أن يحكم بكفره تغليباً للدار والوجه الثاني أنه مسلم تغليباً للإسلام بوجود مسلم فيه ، وهذا التفصيل كله مذهب أحمد بن حنبل أيضاً .

والضرب الثاني : دار لم تكن للمسلمين أصلاً كما كثير بلاد أوروبا وأمريكا ، فهذه البلاد إن لم يكن فيها مسلم فلقبطها كافر

قال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتاً في أي مكان وجد وجب غسله وكفنه ودفنه في مقابر المسلمين ، وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين . قال : إذا وجد لقيط في قرية ليس فيها إلا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر . هذا قول الشافعي وأحمد وأصحاب الرأي .

قالوا وفي الموضع الذي حكمنا بإسلامه إنما يثبت ذلك ظاهراً لا يقيناً ، لأنه يحتمل أن يكون ولد كافر ، فلو أقام كافر بيعة أنه ولد على فراشه حكمنا له به . وإذا بلغ اللقيط حداً أصبح فيه إسلامه وردته فوصف الإسلام فهو مسلم ، سواء من حكم بإسلامه أو كفره ، وإن وصف الكفر وهو من حكم بإسلامه فهل هو مرتد لا يقر على كفره ؟ نص الشافعي في الأم أنه يقر على كفره ولا يكون مرتداً . وقال أبو حنيفة هو مرتد لا يقر على كفره ، وعند الحنابلة وجهان كقول أبي حنيفة والشافعي .

دليلنا أنه وصف الكفر بقوله ، وقوله أقوى من ظاهر الدار . اللهم إلا أن يقال : الاحتياط للإسلام يلغى قوله المانع له لاحتمال أن يكون كاذباً . هكذا أفاده الرملي .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن كان له مال كانت نفقته في ماله كالبالغ ، ولا يجوز للملتقط أن ينفق عليه من ماله بغير إذن الحاكم ، فإن أنفق عليه من غير إذنه ضمنه لأنه لا ولاية له عليه إلا في الكفالة فلم يملك الانفاق بنفسه كالأم ؛ وإن فوض إليه الحاكم أن ينفق عليه مما وجدته معه فقد قال في كتاب اللقيط يجوز .

وقال في كتاب اللقطة : اذا أنفق الواحد على الضالة ليرجع به لم يجوز حتى يدفع الى الحاكم ثم يدفع الحاكم اليه ما ينفق عليه ، فن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين الى الأخرى ، وجعلاهما على قولين (أحدهما) لا يجوز لأنه لا يلي بنفسه فلم يجوز أن يكون وكيله غيره في القبض له من نفسه ، كما لو كان عليه دين ففرض اليه صاحب الدين قبض ماله عليه من نفسه (والثاني) يجوز لأنه جعل أميناً على الطفل لجاز أن ينفق عليه بما له في يده كالوصى . ومنهم من قال : يجوز في اللقيط ولا يجوز في الضالة ، لأن اللقيط لا ولي له في الظاهر ، لجاز أن يجعل الواحد ولياً له والضالة لها مالك هو ولي عليها فلا يجوز أن يجعل الواحد ولياً عليها . وان لم يكن حاكماً فأنفق من غير اشهاد ضمن ، وان أشهد ففيه قولان (أحدهما) يضمن لأنه لا ولاية له فضمن ، كما لو كان الحاكم موجوداً (والثاني) لا يضمن لأنه موضع ضرورة ، وان لم يكن له مال وجب على السلطان القيام بنفقته لأنه آدمى له حرمة يخشى هلاكه ، فوجب على السلطان القيام بحفظه ، كالفقير الذي لا كسب له .

ومن أين تجب النفقة ؟ فيه قولان (أحدهما) من بيت المال ، لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه استشار الصحابة في نفقة اللقيط فقالوا من بيت المال ، ولأن من لزم حفظه بالإتفاق ولم يكن له مال وجبت نفقته من بيت المال ، كالفقير الذي لا كسب . فعلى هذا لا يرجع على أحد بما أنفق عليه ؛ والقول الثاني لا يجب من بيت المال ، لأن مال بيت المال لا يصرف الا فيما لا وجه له غيره واللقيط يجوز أن يكون عبداً فنفقته على مولاه ؛ أو حراً له مال أو فقيراً له من تلزمه نفقته ، فلم يلزم من بيت المال . فعلى هذا يجب على الإمام أن يقترض له ما ينفق عليه من بيت المال أو من رجل من المسلمين ، فان لم يكن في بيت المال ولا وجد من يقترضه جمع الإمام من له مكنة وعد نفسه فيهم وقسط عليهم نفقته ، فان بان أنه عبد رجع على مولاه . وان بان أن له أباً موسراً رجع عليه بما اقترض له ، فان لم يكن له أحد وله كسب رجع في كسبه . وان لم يكن له كسب قضى من سهم من يرى من المساكين أو الغارمين .

(فصل) وأما اذا التقطه عبد فان كان باذن السيد وهو من أهل الالتقاط جاز

لان الملتقط هو السيد ، والعبد نائب عنه وان كان بغير اذنه لم يقر في يده لانه لا يقدر على حضائنه مع خدمة السيد ، وان علم به السيد وأقره في يده كان ذلك التقاطا من السيد ، والعبد نائب عنه

(الشرح) إذا وجد مع اللقيط شيء فهو له وينفق عليه منه ، وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد وأصحاب الرأي . وذلك الطفل يملك وله يد صحيحة ، بدليل أنه يرث ويورث ويصح أن يشتري له ولديه ويبيع ، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة كالبالغ فإذا ثبت هذا : فكل ما كان متصلا به أو متعلقا بمنفعته فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكا له في الظاهر ، فمن ذلك ما كان لابسا له أو مشدودا في ملبوسه أو في يديه أو محمولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم ، والثياب التي تحته والتي عليه ، وإن كان مشدودا على دابة : أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو في دار فهي له . وأما المنفصل عنه فإن كان بعيدا منه فليس في يده ، وإن كان قريبا منه كثوب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان .

أحدهما : ليس هو له لانه منفصل عنه فهو كالبعيد .

والثاني : هو له ، وهو أصح لان الظاهر أنه ترك له فهو بمنزلة ما هو تحته ، ولأن القريب من البالغ يكون في يده ، ألا ترى أن البائع الجائل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه في يده ؟ والحال إذا جلس لاستراحة ترك حمله قريبا منه فأما المدفون تحته فقد قال بعض الفقهاء : إن كان الحفر طريا فهو له ، وإلا فلا ، لان الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع اللقيط حفرة ، وإذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه ، وقيل : ليس هو له بحال ، لانه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طريا ، فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه ، ولأن الظاهر أنه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به ، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه ، وكل ما حكمنا بأنه ليس له لحكمه حكم اللقطة ، وما هو له أنفق عليه منه ، فإن كان فيه كفايته لم تجب نفقته على أحد لانه ذو مال فأشبهه غيره من الناس .

فإذا ثبت هذا : فإن الملتقطه الإتفاق عايه بإذن الحاكم . وقول أصحاب أحمد : ينفق عليه بغير إذن الحاكم ذكره أبو عبد الله بن حامد من الخنابلة .

قال ابن قدامة : لأنه ولي له فلم يعتبر في الاتفاق عليه في حقه إذن الحاكم كوصي اليتيم ، ولأن هذا من الأمر بالمعروف فاستوى فيه الإمام وغيره كتبديد الخمر . وروى أبو الحارث عن أحمد رضي الله عنه في رجل أودع رجلاً مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له ، هل ينفق عليهم ؟ فلم يجعل له الاتفاق عليهم من غير إذن الحاكم ؛ فقال بعض أصحاب أحمد : هذا مثله . وقال بعضهم وهو الصحيح عندهم : إن هذا مخالف بناء على أن الملتقط له ولاية على اللقيط عندهم فيكون له ولاية أخذه وحفظه .

ولنا أن اللقيط ينبغي أن يتولى الحاكم أمره فقد يعين له من هو أوفر خبرة وأكثر صيانة والحاكم مجتهد له بصره النافذ ورأيه الصائب وهو ولي من لا ولي له فإذا أنفق عليه الملتقط من ماله الذي وجده ضمنه لأنه لا حق له في الاتفاق إلا بإذن الحاكم فقد قال الشافعي رضي الله عنه في رواية الربيع بن سليمان في المنبوذ هو حر ولا ولاء له ، وإنما يرثه المسلمون بأنهم خولوا كل مال لا مالك له ، ألا ترى أنهم يأخذون مال النصراني ولا وارث له ؟ ولو كانوا أعتقوه لم يأخذوا ماله بالولاء ، ولكنهم خولوا مالا مالك له من الأموال .

وقال في اللقطة ما يفيد عدم جواز الاتفاق على الضالة بقصد الرجوع به على ربها إلا بإذن الحاكم ، ثم يدفع الحاكم إليه ما ينفق عليه ، وفي النص الأول جعل للمسلمين جميعاً حق الولاية والارث على اللقيط وماله ، وفي النص الثاني جعل ذلك بإذن الحاكم ، فمن أصحابنا من نقل جواب كل مسألة إلى الأخرى لجعل في اللقطة قوانين وفي اللقيط قوانين ، فالقول بجواز اللقطة يمنع في اللقيط ، والقول بجوازه في اللقيط يمنع في اللقطة .

فإذا لم يجد الحاكم فاشهد رجلين أو رجلاً وامرأتين أو أربع نسوة ، ففي ضمائه قولان .

أما إذا لم يكن له مال لم يلزم الملتقط الاتفاق عليه في قول عامه - أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن نفقه - اللقيط - غير واجبه على الملتقط كوجوب نفقه - الولد ، وذلك لأن أسباب وجوب النفقه من

القراءة والزوجية والملك والولاء منتفية ، والالفاظ إنما هو تخلص له من الهلاك ؛ وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك نفقة كالمفعول بغير اللقيط ، فإذا عرف هذا وكان نسمة يجب تعهدا بالتربية والإنفاق انصرف هذا الواجب إلى بيت مال المسلمين ، لقول عمر رضي الله عنه : هو حر لك ولاؤه وعلينا نفقته ، وذلك لأنه كالفقر الذي لا كسب فان نفقته واجبة له في بيت مال المسلمين ، وذلك لأن بيت المال وارثه ، وماله مصروف اليه فتكون نفقته عليه كقرايته وموالياته .

فان تعذر الإنفاق عليه لعدم وجود مال في بيت المال أو كان اللقيط في مكان لا تقوم فيه حكمه تنفذ شريعة الله وترعى العجزة والفقراء واللقطاء فعلى من علم حاله أن يتولى الإنفاق عليه .

وبحتمل أن يقال : إنه لا يجب الإنفاق عليه من بيت المال ولو كان موجوداً وفيه مال ، لأن بيت المال إنما ينفق منه في الوجوه التي توفر على الإنفاق عليها ، وقد تكون أهم من هذا ، واللقيط يحتمل أن يكون غنياً ، وبحتمل أن يكون له أب موثر ، وبحتمل أن له سيد يجب عليه نفقته .

فإذا قلنا : إنه لا يجب الإنفاق عليه من بيت المال وجب على الامام أن ينظم جماعة يكون هو أحد أفرادها تتولى الإنفاق عليه على سبيل الاقتراض ، حتى إذا ظهر له مال أو ولي شرعى موثر ، أو استطاع الكسب أمكن رد ما أنفق عليه ، فان لم يكن يستطيع الكسب ولم يكن له ولي موثر قضى من سهم المساكين أو الغارمين ، ويجرى هذا كله على اللقيط ولو حكم بكفره . قال في النهاية : خلافاً لما في الكفاية تبعاً للهاوردى .

فإذا امتنع أهل القرية أو البلدة عن أن ينفقوا على اللقيط وجب على الامام قتالهم ، ويفرق هنا بين كونها قرصاً وفي بيت المال مجاناً ، بأن وضع بيت المال الإنفاق على المحتاجين فلمهم فيه حق مؤكد دون مال الميسير ، وإذا لزمهم وزعموا الامام على ميسير بلده ، فان شق ذلك فعلى من يراه الامام منهم ، فان استؤوا في نظره تخير ، وهذا إن لم يبلغ اللقيط ، فان بلغ فمن سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين كما قررنا ، فان ظهر له سيد أو قريب رجع عليه وتد ضمه هذا النوى في الروضة وخالفه الشمس الرملى في النهاية .

وجملة هذا أن من أنفق عليه متبرعا فلا شيء له سواء كان الملتقط أو غيره ، وإن تبرع بالانفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسبا بالرجوع عليه إذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصدا بالمعروف ، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي

وإن أنفق بغير أمر الحاكم محتسبا بالرجوع عليه فقد قال الشافعي ومالك والثوري والأوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشعبي وابن المنذر : هو متبرع . وقال أحمد بن حنبل : تؤدي النفقة من بيت المال ، وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه . وقال عمر بن عبد العزيز : يخلف ما أنفق احتسابا ، فإن حلف استسعى

والأصل عند القائلين بالرجوع أنه أدى ما وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه . هذا وما بقي من كلام المصنف فعلى وجهه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن التقطه كافر نظرت ، فإن كان اللقيط محكوما بإسلامه لم يقر في يده ، لأن الكفالة ولاية ، ولا ولاية للكافر على المسلم ، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه ؛ وإن كان محكوما بكفره أقر في يده لأنه على دينه ، وإن التقطه فاسق لم يقر في يده ، لأنه لا يؤمن أن يسترقه ، وأن يسوء في تربيته ، ولأن الكفالة ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية

(فصل) وإن التقطه ظاعن يريد أن يسافر به نظرت ، فإن لم تختبر أمانته في الباطن لم يقر في يده ، لأنه لا يؤمن أن يسترقه إذا غاب ، وإن اختبرت أمانته في الباطن ، فإن كان اللقيط في الحضر والملتقط من أهل البدو ويريد أن يخرج به إلى البدو منع منه ؛ لأنه ينقله من العيش في الرخاء إلى العيش في الشقاء ، ومن طيب المنشأ إلى موضع الجفاء . وفي الخبر : من بدا فقد جفا ، وإن أراد أن يخرج به إلى بلد آخر ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو ظاهر النص ، لأن البلد كالبلد (والثاني) لا يجوز ، لأن البلد الذي وجد فيه أرجى لظهور نسبه فيه .

وإن كان الملتقط في بدو ، فإن كان الملتقط من أهل الحضر وأراد أن يخرج به إلى الحضر جاز ، لأن الحضر أرفق به وأنفع له ، وإن كان من البادية فإن كانت حالته في مكان لا ينتقل عنه أقر في يده ، لأن الحيلة كالقربة ، وإن كان يظعن في طلب الماء والكلاء ففيه وجهان (أحدهما) يُقر في يده لأنه أرجى لظهور نسبه . (والثاني) لا يقر في يده لأنه يشق بالتنقل في البدو .

(فصل) وإن التقطه فقير ففيه وجهان (أحدهما) لا يقر في يده لأنه لا يقدر على القيام بمحضاته ؛ وفي ذلك إضرار باللقيط (والثاني) يقر في يده لأن الله تعالى يقوم بكفاية الجميع .

(الشرح) حديث د من بدا فقد جفا ، رواه أحمد في المسند عن البراء بن عازب بالفظ د من بدا جفا ، ورواه الطبراني في الكبير عن عبد الله بن مسعود بالفظ د من بدا جفا ، ومن اتبع الصيد غفل ، ومن أتى أبواب الساطان افتتن ، وإسناده أحمد صحيح ، وفي إسناده الطبراني نظر

أما اللغات فقوله : ظاعن فاعل ظعن وبابه نفع ، أى ارتحل ، ويتعدى بالهمزة وبالحرّف ، فيقال أظعنته وطمعنت به ، فهو ظاعن للفاعل ومطمعون للمفعول ، والأصل مطمعون به ولكن حذفت الصلة لكثرة الاستعمال ، وباسم المفعول سمى الرجل ، ويقال للمرأة ظعينة فعيلة بمعنى مفعولة ، لأن زوجها يظعن بها ، ويقال الظعينة الهودج ، وسواء كان فيه امرأة أم لا ، والجمع ظعائن وظُعُن بضمّتين . ويقال الظعينة في الأصل وصف المرأة في هودجها ، سميت بهذا الاسم وإن كانت في بيتها . قال تعالى (ويوم ظعنكم ويوم إقامتكم)

قوله : ومن طيب المنشأ إلى موضع الجفاء . المنشأ بالهمز مقصور ، وهو موضع النشوء وزمان الحداثة ، يقال نشأت في بني فلان إذا شبت فيهم ، مأخوذ من انشاء الله له ، أى ابتداء خلقه . وقوله صلى الله عليه وسلم د من بدا جفا ، أى من نزل البادية صار فيه جفاء الأعراب ، والجفاء مدود وهو ضد البر ، يقال جفوت الرجل أجفوه ، ولا يقال جفيت . وهو مأخوذ من جفاء السيل ، وهو ما نفاه السيل ، والحلة المنزل ينزله القوم وحيث يحلون .

أما الأحكام فإنه ليس لكافر التقاط مسلم لأنه لا ولاية لكافر على مسلم ،
ولأنه لا يؤمن أن يفتنه ويلبسه الكفر ، بل الظاهر أنه يريه على ملته : وينشأ
على ذلك كوله ، فإن النقطة فلا يقر في يده ، وإن كان الطفل محكوما بكفره فله
النقاطه لأن الذين كفروا بعضهم أولياء بعض ،

أما إذا النقطة من هو مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا الحيانة
أقر اللقيط في يديه ، لأن حكمه حكم العدل في لقطة المال والولاية في النكاح
والشهادة فيه وفي أكثر الأحكام ، ولأن الأصل في المسلم العدالة ، ولذلك قال
عمر رضي الله عنه : المسلمون عدول بعضهم على بعض ، فإن أراد أن يسافر
بلقطته فإنه لا يقر في يديه ، وهذا هو مذهبنا ، لأنه لم تتحقق أمانته فلم يؤمن
خيانتته ، وهذا أحد الوجهين عند الحنابلة . والوجه الثاني عندهم يقر

فأما من عرفت عدالته واتضحت أمانته ، فيقر اللقيط في يده في سفره وحضره
لأنه مأمون عليه إذا كان سفره غير النقلة ، فإذا كان سفره الأمين باللقيط إلى
مكان يقيم به نظرت فإن كان النقطة من الحضر فأراد النقل به إلى البادية لم يقر
في يده لوجهين :

(أحدهما) أن مقامه في الحضر أصح له في دينه ودنياه وأرثه له
(والثاني) أنه إذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى
لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به ، فإن أراد النقلة به من بلد الحضر ففيه
وجهان (أحدهما) وهو المنصوص ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة : يقر في
يده لأن ولايته ثابتة ، والبلد الثاني كالبلد الأول في الرفاهية فيقر في يده ، قالو
انتقل من أحد أقسام البلد إلى قسم آخر ، وقارق المنتقل به إلى البادية لأنه يحضر
به بتفويت الرفاهية عليه

وان النقطة من البادية فله نقله إلى الحضر لأنه ينقله من أرض البؤس والشقاء
إلى الرفاهية والدعة والدين

(الثاني) لا يقر في يده ، ولأن بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر في
يد المنتقل عنه قياسا على المنتقل به إلى البادية ، وإن أقام به في حلة يستوطنها ،
فله ذلك ، وإن كان ينتقل به إلى المراضع احتمل أن يقر في يديه ، لأن الظاهر

أنه ابن بدويين وإقراره في يدي ملتقطه أرجى لكشف نسبه ، ويحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية لأنه أرفه له وأخف عليه

وكل موضع قلنا ينزع من ملتقطه فإنما يكون ذلك إذا وجد من يدفع إليه من هو أولى به ، فإن لم يوجد من يقوم به أقر في يدي ملتقطه ، لأن إقراره في يديه مع قصوره أولى من إهلاكه ، وإن لم يوجد إلا مثل ملتقطه فملتقطه أولى به . إذ لا قاعدة في نزعه من يده ، ودفعه إلى مثله .

(فرع) إذا التقطه فقير فإن قلنا إنه لا يقدر على حضائنه من حيث ضعف الإمكانيات اللازمة لحياة الطفل من الأمور التي تخرج من الإنفاق ، إذ أن الإنفاق لا يلزم الملتقط كما قررنا قبل ، كأن كان مسكنه غير صحي لا تتوفر فيه وسائل التهوية ولا أسباب الوقاية والنظافة ، فعلى هذا الوجه لا يقر في يده ، وإن قلنا بأن الأمور تجري بضمان الله وكفالتة ، وأن الله تعالى تكفل بحفظه إذا شاء ، وأن الأسباب الضرورية للحياة التي ينشأ عليها أبناء الفقراء مألوفة عندهم ويشبون عليها وتبنى فيها أجسامهم كأقوى ما تبنى الأجسام ، وقد رأينا بالحس والمشاهدة ما يتمتع به أبناء الفقراء من مناعة ضد الأمراض مع الكفاف في العيش ، وذلك من رعاية الله تعالى لخلقهم ، فعلى هذا الوجه يقر في يده والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن تنازع في كفالتة نفسان من أهل الكفالة قبل أن يأخذه ، أخذه السلطان وجعله في يد من يرى منهما أو من غيرهما ، لأنه لا حق لهما قبل الأخذ ولا مزية لهما على غيرهما ، فكان الأمر فيه إلى السلطان . وإن التقطاه وتشاحا أقرع بينهما ، فمن خرجت عليه القرعة أقر في يده .

وقال أبو علي بن خيران : لا يقرع بينهما ، بل يجتهد الحاكم فيفره في يد من هو أحظ له ، والمنصوص هو الأول لقوله تعالى : وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ، ولأنه لا يمكن أن يجعل في أيديهما ، لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ، ولا يمكن أن يجعل بينهما مهايأة ، لأنه تختلف عليه الأخلاق والأغذية فيستضر ، ولا يمكن أن يقدم أحدهما لأنها متساويان في

سبب الاستحقاق ، ولا يمكن أن يسلم الى غيرهما ، لأنه قد ثبت لهما حق الالتقاط فلا يجوز اخراجه عنهما فأقرع بينهما . كما لو أراد أن يسافر بإحدى نسائه ، وان ترك أحدهما حقه من الحضانة ففيه وجهان

(أحدهما) يدفع الى السلطان فيقره في يد من يرى ، لأن الملتقط لا يملك غير الحفظ . فأما إقرار اللقيط في يد غيره فليس ذلك اليه ، ولم يذالوا انفراد بالالتقاط لم يملك أن ينقله الى غيره .

(والثاني) وهو المذهب أنه يقر في يد الآخر من غير اذن السلطان ، لأن الحضانة بحكم الالتقاط لا تفتقر الى اذن السلطان ، ولم يذالوا انفراد كل واحد منهما بالالتقاط ثبت له الحضانة من غير اذن ، فإذا اجتمعا وترك أحدهما حقه ثبت للآخر كالشفعة بين شفعين

(فصل) فأما اذا اختلفا في الالتقاط فادعى كل واحد منهما أنه الملتقط ولم تكن بينة ، فإن لم يكن لأحدهما عليه يد أقره السلطان في يد من يرى منهما أو من غيرهما ، لأنه لاحق لهما ، وان كان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأن اليد تشهد له .

وان كان في يدهما تحالفا ، فإن حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين يقرع بينهما على المذهب ، وعلى قول أبي علي بن خيران يقره الحاكم في يد من هو أحظ له ، فإن كان لأحدهما بينة قضى له ، لأن البينة أقوى من اليد والدعوى ، وان كان لكل واحد منهما بينة ، فإن كانت بينة أحدهما أقدم تاريخاً قضى له ، لأنه قد ثبت له السبق الى الالتقاط ، وان لم تكن بينة أحدهما أقدم تاريخاً فقد تعارضت البينتان ، ففي أحد القولين تسقطان فيصيران كما لو لم تكن بينة ، وقد بيناه ، وفي القول الثاني تستعملان ، وفي الاستعمال ثلاثة أقوال

(أحدها) القسمة (والثاني) القرعة (والثالث) الوقف . ولا يجزئ ههنا الا القرعة لأنه لا يمكن قسمة اللقيط بينهما . ولا يمكن الوقف ، لأن فيه اضراراً باللقيط فوجب القرعة .

(الشرح) الأحكام : إذا تنازع كفالته اثنان من غير أهل الكفالة لفسقهما أو رفقهما مع كونهما غير مأذونين من سيديهما فإنه لا يقر في يدى واحد منهما : وينزع منهما ويسلم إلى غيرهما ، فإذا كانا من أهل الكفالة ، وأن كل واحد منهما ممن يقر في يده لو انفرد ، إلا أن أحدهما أحظ. للقيط من الآخر ، مثل أن يكون أحدهما موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق لأن ذلك أحظ للطفل ، وإن التقط. مسلم وكافر طفلاً محكوماً بكفره ، فقد قال أصحابنا وأصحاب أحد : هما سواء ، لأن للكافر ولاية على الكافر ، ويقر في يده إذا انفرد بالتقاطه ، فساوى المسلم في ذلك ، ولابن قدامة الحنبلى رأى في مخالفة مذهبه بقوله : إن دفعه إلى المسلم أحظ. له ، لأنه يصير مسلماً فيسعد في الدنيا والآخرة ، وينجو من النار ، ويتخلص من الجزية والصغار ، فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذى إنما يتعاق به توسعة عليه في الإنفاق ، وقد يكون الموسر بخيلاً فلا تحصل التوسعة ، فإن تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيراً والكافر موسراً فالمسلم أولى ، لأن النفع الحاصل له بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره مع كفره . قال : وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل ، لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجملة التى يحصل له الحظ. فيها باليسار . وربما تخاف بأخلاقه وتعلم من جوده .

فإذا تساوى في كونهما مسلمين عدلين حرين مقيمين فهما سواء فيه فإن رضى أحدهما بإسقاط حقه وتسليمه إلى صاحبه جاز ، لأن الحق له فلا يمنع من الإيثار به ، وإن تشاحا أفرع بينهما لقول الله تعالى : وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ، ولأنه لا يمكن كونه عندهما ، لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة ، وإن تهاياهما لجعل عند كل واحد يوماً أو أكثر من ذلك أضر بالطفل لأنه يختلف عليه الأغذية والأنس والالف ، ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لأن حقهما متساو ، فتعين أحدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الأفرع بينهما ، كما يتمر بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين العبيد في الاعتاق ، والرجل مقدم على المرأة عندنا على الأصح

وهما سواء عند أحمد وأصحابه ، ولا ترجح المرأة هنا كما ترجح في حضانه ولدها على أبيه لانها رجحت هناك لشفقتها على ولدها وتوليها الحضانه بنفسها ، والاب يحضنه بأجنبية ، فكانت أمه أحظ. له وأرفق به : أما ههنا فانها أجنبية من اللقيط والرجل يحضنه بأجنبية فاستويا على القول بالتساوى ، أو رجح الرجل على الاصح فإن كان أحدهما مستور الحال والاخر ظاهر العدالة رجح السلطان العدل على المستور ، لأن المانع من الالتقاط منتف في حقه والاخر مشكوك فيه ، فيكون الحظ. للطفل في تسليمه اليه أتم ، ويحتمل أن يساوى السلطان بينهما بالقرعة لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح ، والامر متروك الى اجتهاد الحاكم الذى ليس له أن يسلم الى ثالث لم يثبت له حق الالتقاط .

وقال أبو على بن خيران : يجتهد الحاكم في اختيار الاحظ. للطفل والاجدى عليه والاحفظ. وليس له أن يقرع بينهما وليس هذا بالمذهب بل المذهب الاقراع (فرع) وان رأياه جميعا فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به لقوله صلى الله عليه وسلم « من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو أحق به » ، وان رآه أحدهما قبل صاحبه فسبق الى أخذه الاخر ، فالسابق الى أخذه أحق ، لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية ، ولو قال أحدهما لصاحبه : ناولنيه ، فأخذه الآخر نظرت الى نيته ، فان نوى أخذه لنفسه فهو أحق به ، كالم لم يأمره الآخر بمناولته إياه ، وان نوى مناولته فهو الأمر لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه ، فأشبهه ما لو توكل له في تحصيل مباح .

فان اختلفا فقال كل واحد منهما : أنا النقطة ولا بينة لأحدهما ، وكان في يد أحدهما ، فالقول قوله مع يمينه أنه النقطة ، وهذا هو المذهب عند أصحاب أحمد كما ذكره أبو الخطاب ، وقد خالفه القاضى وجعل قياس مذهب أحمد أنه لا يحلف كما في الطلاق والنكاح .

ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم » ، وليكن اليمين على المدعى عليه ، رواه مسلم ، فان كان في يديهما تحالفا فان حلفا أو نكلا صارا كالمناقطين ويقرع السلطان بينهما على المذهب .

وقال أبو علي بن خـيران مقالته في الفرع قبله لا قرعة بينهما بل يجتهد الحاكم في اختيار أحدهما من هو أحظ للطفل ، فإن كان لأحدهما بينة قضى له ، وإن كان لكل منهما بينة نظرت في أقدم البينتين تاريخاً وقضية لصاحبها ، فإذا استوى تاريخهما أو أطلقنا معاً ، أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى فقد تعارضتا ، وهل تسقطان ؟ أو تستعملان ؟ فيه قولان عندنا ووجهان عند أصحاب أحمد ،

(أحدهما) تسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما فيقرع بينهما .

(والثاني) تستعملان ، وفي الاستعمال ثلاثة أقوال . أحدها : القسمة واستعمال القسمة بين المنداعيين إذا جاز في المال فلا سبيل إليه ههنا . والثاني : الإقراع بينهما . والثالث : الوقف وفي الوقف إضرار باللقيط ، وليس اللقيط بما يجوز وقفه فلا مناص من الإقراع فوجب القرعة بينهما ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن ادعى حر مسلم نسبه لحق به وتبعه في الإسلام ، لأنه يقر له بحق لا ضرر فيه على أحد فقبل كما لو أقر له بمال ، وله أن يأخذه من الملتقط . لأن الوالد أحق بكفالة الولد من الملتقط ، وإن كان الذي أقر بالنسب هو الملتقط فالمستحب أن يقال له : من أين صار ابنك ؟ لأنه ربما اعتقد أنه بالانتقاط صار أباً له ، وإن ادعى نسبه عبد لحق به ، لأن العبد كالحر في السبب الذي يلحق به النسب ، ولا يدفع إليه لأنه لا يقدر على حضائته لاشتغاله بخدمة مولاه ، وإن ادعى نسبه كافر لحق به ، لأن الكافر كالمسلم في سبب النسب ، وهل يصير اللقيط كافراً ؟ قال في اللقيط : أحببت أن أجعله مسلماً . وقال في الدعوى والبيئات : أجعله مسلماً ؛ فن أصحابنا من قال : إن أقام البينة حكم بكفره قولاً واحداً ، وإن لم تقم البينة ففيه قولان .

(أحدهما) يحكم بكفره لأننا لما حكمنا بشيوع نسبه فقد حكمنا بأنه ولد على فراشه . (والقول الثاني) يحكم بإسلامه لأنه محكوم بإسلامه بالدار فلا يحكم بكفره بقول كافر . وقال أبو إسحاق : الذي قال في اللقيط أراد به إذا ادعاه وأقام البينة

عليه ؛ لانه قد ثبت بالبينه أنه ولد على فراش كافر ، والذي قال في الدعوى والبيّنات أراد اذا ادعاه من غير بينه لانه محكوم باسلامه بظاهر الدار ، فلا يصير كافراً بدعوى الكافر ، وهذا الطريق هو الصحيح لانه نص عليه في الاملاء . واذا قلنا انه يتبع الاب في الكفر فالمستحب أن يسلم الى مسلم الى أن يبلغ احتياطا للاسلام ؛ فان بلغ ووصف الكفر أقر رناؤه على كفره ، وان وصف الاسلام حكّمنا باسلامه من وقته .

(فصل) وان ادعت امرأة نسبه ففيه ثلاثة أوجه . أحدها : يقبل لانها أحد الابوين ، فقبل اقرارها بالنسب كالأب . والثاني : لا يقبل وهو ظاهر النص لانه يمكن اقامه البينه على ولادتها من طريق المشاهدة ، فلا يحكم فيها بالدعوى بخلاف الأب ، فانه لا يمكن اقامه البينه على ولادته من طريق المشاهدة ، فقبلت فيه دعواه ؛ ولهذا قلنا : انه اذا قال لامرأته : ان دخلت الدار فأنت طالق ، لم يقبل قولها في دخول الدار الا بينه ، ولو قال لها : ان حضت فأنت طالق ، قبل قولها في الحيض من غير بينه ، لما ذكرناه من الفرق ، فكذلك ههنا . والثالث : ان كانت فراشاً لرجل لم يقبل قولها ، لان اقرارها يتضمن الحاق النسب بالرجل وان لم تكن فراشاً قبل لانه لا يتضمن الحاق النسب بغيرها .

(الشرح) اللغة : الدعوى ، ودعواه ودعواها كالماء بكسر الدال . قال الأزهري : الدعوة بالكسر ادعاء الولد الدعي غير أبيه ، يقال : الدعي بين الدعوة بالكسر اذا كان يدعي الى غير أبيه أو يدعيه غير أبيه فهو بمعنى فاعل من الأول وبمعنى مفعول من الثاني .

وعن الكسائي : لي في القوم دعوة أي قرابه واخاء ، والدعوة بالفتح في الطعام اسم من دعوت الناس اذا طلبتهم لياكلوا عندك ، يقال : نحن في دعوة فلان ومدعائه ودعائه بمعنى . قال أبو عبيد : وهذا كلام أكثر العرب الا عدى الرباب فانهم يعكسون ويجعلون الفتح في النسب والكسر في الطعام ، ودعوى فلان كذا أي قوله : وادعيت الشيء تمنيته ، وادعيت طلبته لنفسى والاسم الدعوى . أما الأحكام : فانه اذا ادعى نسبه فلا تخلو دعوى النسب من قسمين .

أحدهما : أن يدعيه واحد بنفرد بدعواه فينظر ، فإن كان المدعى رجلاً مسلماً حراً لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه ، لأن الإقرار محض نفع للطفل لا اتصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه ، فقبل كالأقر له بما لم ثم إن كان المقر به ملتقطه أقر في يده ، إلا أن المستحب أن يناقش كيف صار ابنك لأنه قد يعتقد أنه بالالتقاط يصير أباً له ، والله يقول : فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه . وإذا اللقط مسلم لقيطاً فهو حر مسلم مالم يعلم لأبويه دين غير دين الإسلام ، فإذا أقر به نصراني ألحقناه به وجعلناه مسلماً لأن إقراره به ليس بعلم منا أنه كما قال ، فلا نغير الإسلام إذا لم نعلم الكفر . اهـ من الدعوى والبيّنات من الأم .

وقال في كتاب اللقيط من الأم . سئل أبو حنيفة رحمه الله عن الصبي يسي وأبوه كافر وقعا في سهم رجل ثم مات أبوه وهو كافر ثم مات الغلام قبل أن يتكلم بالإسلام فقال لا يصلي عليه ، وهو على دين أبيه لأنه لا يقر بالإسلام . وقال الأوزاعي : مولاه أولى من أبيه يصلي عليه . وقال لو لم يكن معه أبوه ، وخرج أبوه مستامناً لكان لمولاه أن يبيعه من أبيه .

وقال أبو يوسف إذا لم يسب معه أبوه صار مسلماً ، ليس لمولاه أن يبيعه من أبيه إذا دخل بأمان ، وهو ينقض قول الأوزاعي : أنه لا بأس أن يبتاع الصبي ويرد إلى دار الحرب في مسألة قبل هذا ، فالقول في هذا ما قال أبو حنيفة إذا كان معه أبواه أو أحدهما فهو مسلم اهـ .

(قلت) إذا ادعى نسبه اثنتان فصاعداً نظرت ، فإذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء ، وهذا هو مذهب الشافعي وأحمد رضي الله عنهما . وقال أبو حنيفة المسلم أولى من الذمي والحر أولى من العبد ، لأن على اللقيط ضرراً إذا ألحق بالعبد والذمي ، فكان الخافه بالحر المسلم أولى ، كما لو تنازعا في الحضانة . ولنا أن كل واحد لو انفرد صحت دعواه ، فإذا تنازعا تساوا في الدعوى كالأحرار المسلمين ، وما ذكروه من الضرر لا يتحقق ، فأننا لا نحكم برفقه

ولا كفرة ، ولا يشبه النسب الحضانية ، بدليل أننا نقدم في الحضانه المومر والحضري ولا نقدمهما في دعوى النسب .

وجعل الإمام الشافعي رضي الله عنه التسليم للنهراني بدعواه بنوة اللقيط لا يعد تسليماً للقيط بالكفر ، بل نجعله مسلماً حتى نعلم الكفر . وهذا أحد قوايه فن أصحابنا من قال : إن أقام الذمي البينة حكماً بكفره قولاً واحداً ، كقوله في الأخذ بقول أبي حنيفة عما سقناه عنه .

وإن لم تقم بينة ففيه قولان (أحدهما) إن الحكم بثبوت النسب من المكافر حكم بكفره على طريق التبع والضمن ، لأنه ولد على فراشه .

(والثاني) لأن غلبة دار الاسلام أقوى من دعوى النسب التي يدعيها المكافر وكل لقيط في دار الإسلام هو مسلم ، فلا يحكم بكفره بقول كافر . وذهب أبو إسحاق المروزي في قولي الشافعي الى تخريجهما وجهين للمسألة لا قولين ، بأن الحكم بكفره يتبع البينة للذي ادعاه من الكفار ، فإذا ثبت أنه ولد على فراش الكفر قضينا بكفره وألحقناه بصاحب البينة ، وأنه إذا لم يقم بينة حكماً بإسلامه وهذا هو توجيه ما في الدعوى والبيئات من الأم ، وفي هذا التخرج ما يؤيده من قوله في الإملاء .

قال النووي في المنهاج : ومن حكم بإسلامه بالدار فأقام ذمى بينة بنسبه لحقه وتبعه في الكفر . وقال الزركشي : وكذلك المعاهد والمؤمنين . وقال الرملي : فارتفع ما ظنناه من إسلامه ، لأن الدار حكم باليد ، والبينة أقوى من اليد المجردة وتصور علوقه من مسلم بوطء شبهة أمر نادر لا يعول عليه مع البينة . قال وإن اقتصر الكافر على الدعوى بأنه ابنه ولا حجة له فالذهب أنه لا يتبعه في الكفر وإن لحقه في النسب ، لأننا حكمنا بإسلامه فلا نغيره بدعوى كافر مع إمكان تلك الشبهة النادرة .

والطريق الثاني : فيه قولان ثانيهما يتبعه في الكفر كنسب ، وجعل الماوردي محل الخلاف ما إذا استلحقه قبل أن يصدر منه صلاة أو صوم ، فإن صدر منه ذلك لم يغير عن حكم الاسلام قطعاً ، وسواء أقلنا بتبعيته في الكفر أم لا يحال بينهما كما يحال بين أبوي مميز وصف الإسلام وبيئته

قال في الكفاية وقضية اطلاقهم وجوب الحيلولة بينهما — إن قلنا به — دم تبعيته له في الكفر ، لكن في المذهب انه يستحب تسليمه لمسلم ، فاذا بلغ ووصف الكفر ، فان قلنا بالتبعية — قرر — لكن هذا التقرير يهدده لهه مسلم ، وإلا ففي تقريره ما سبق من الخلاف .

(فرع) إذا كان المدعى امرأة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو أحد الروايات عن أحمد رضي الله عنه أن دعواها تقبل ويلحقها نسبه لأنها أحد الأبوين ، فيثبت النسب بدعواها كالأب ، ولأنه يمكن أن يكون منها كما يكون ولد الرجل بل أكثر ، لأنها تأتي به من زوج ووطء بشبهة ويلحقها ولدها من الزنادون الرجل ، ولأن في قصة داود وسليمان في المراتين كان لهما ابنان فذهب الذئب بأحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها وأن الذي أخذه الذئب ابن الأخرى فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للأخرى بمجرد الدعوى منهما

فعلى هذا الوجه يلحق بها دون زوجها ، لأنه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به ، وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجه . فان قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى أو من أمته ، والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل وطؤها لغيره ، قلنا يمكن أن تلد من وطء شبهة أو غيره ، وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجوداً قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر .

فان قيل إنما قبل الإقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصاحبة بدفع العار عن الصبي وصيانته عن النسبة إلى كونه ولد زنا ، ولا يحصل هذا بالحاق نسبه بالمرأة ، بل الحاقه بها دون زوجها تطرق للعار اليه واليهما . قلنا بل قبلنا دعواه لأنه يدعى حقاً لا منازع له فيه ، ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال ، وهذا متحقق في دعوى المرأة .

والوجه الثاني — وهو رواية ثانية عن أحمد رضي الله عنه نقلها السكوتنج عنه في امرأة ادعت ولداً ، ان كان لها اخوة أو نسب معروف لا تصدق الا بينه وان لم يكن لها دافع لم يحل بينهما وبينه ، لأنه اذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم ، يتضررون بالحاق النسب بها لما فيه من تعييرهم

بولادتها من غير زوجها ، وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل ، ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعواها بحال ؛ وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة ، لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة ، فلا يقبل قولها بمجرد ، كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها .

أما كيف تكون البينة ؟ فقد قال الشافعي رضي الله عنه : لا يجوز على الولادة ولا شيء مما تجوز فيه شهادة النساء مما يغيب عن الرجال إلا أربع نسوة عدول من قبل أن الله عز وجل حيث أجاز الشهادة انتهى بأقلامها إلى شاهدين أو شاهد وامرأتين ، فأقام الثنتين من النساء مقام رجل حيث أجازهما ، فإذا أجاز المسلمون شهادة النساء فيما يغيب عن الرجال لم يحز والله أعلم أن يحيزوا إلا على أصل حكم الله عز وجل في الشهادات ، فيجعلون كل امرأتين يقومان مقام رجل ؛ وإذا فعلوا لم يحز إلا أربع . وهكذا المعنى في كتاب الله عز وجل وما أجمع عليه المسلمون .

أخبرنا مسلم عن ابن جريج عن عطاء أنه قال في شهادة النساء على الشيء من أمر النساء لا يجوز فيه أقل من أربع . وقد قال غيرنا تجوز فيه واحدة لأنه من موضع الأخبار كما تجوز الواحدة في الخبر ، لأنه من موضع الشهادة ، ولو كان من موضع الشهادات ما جاز عدد من النساء — وإن كثرن على شيء إلى أن قال قال : فإننا روينا عن علي رضي الله عنه أنه أجاز شهادة القابلة وحدها . قلت : لو ثبت هذا عن علي صرنا إليه إن شاء الله تعالى ، ولكنه لا يثبت عندكم ولا عندنا عنه . وهذا لا من جهة ما قلنا من القياس على حكم الله ولا من جهة قبول خبر المرأة ، ولا أعرف له معنى .

قلت إذا ثبت هذا في وجوب البينة لما يمكن أن تقوم عليه بينة كالولادة للقيط المدعى أو للمعلق طلاقها على دخول الدار في المجرى ببينة على دخول الدار ، وفارق الحيض فإنه من الأعراض الخفية التي يقبل فيها الإقرار ولا يطالب فيها بالبينة لعذرهما أو استحالةهما . والوجه الثالث وهو الرواية الثالثة عن أحمد رضي الله عنه أنها إن كان لها زوج لم يثبت النسب بدعواها لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجها

بغير إقراره ولا رضاه ؛ أو الى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيها يلحق الضرر به ، وإن لم يكن لها زوج قبالت دعواها لعدم هذا الضرر . والله تعالى أعلم بالصواب .
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن تداعى نسبه رجلان لم يجوز إلحاقه بهما ، لأن الولد لا يتعقد من اثنين ؛ والدليل عليه قوله تعالى : إنا خلقناكم من ذكر وأنثى ، فإن لم يكن لواحد منهما بيعة عرض الولد على القافة ، وهم قوم من بني مدلج من كنانة ، فإن الحقته بأحدهما لحق به لما روت عائشة رضي الله عنها قالت : دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرف السرور في وجهه فقال : ألم ترى إلى مجزز المدلجي نظر إلى أسامة وزيد وقد غلبا رؤسهما ، وقد بدت أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض ، فلو لم يكن ذلك حقا لما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهل يجوز أن يكون من غير بني مدلج ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز لأن ذلك ثبت بالشرع ، ولم يرد الشرع إلا في بني مدلج (والثاني) أنه يجوز وهو الصحيح ، لأنه علم يتعلم ويتعاطى ؛ فلم يختص به قبيلة كالعلم بالأحكام ، وهل يجوز أن يكون واحدا ؟ فيه وجهان . أحدهما : أنه يجوز لأن النبي صلى الله عليه وسلم سر بقول مجزز المدلجي وحده ولأنه بمنزلة الحاكم لأنه يجتهد ويحكم كما يجتهد الحاكم ثم يحكم . والثاني : لا يجوز أقل من اثنين لأنه حكم بالشبهة في الخلقة فلم يقبل من واحد كالحكم في المثل في جزاء الصيد .
ولا يجوز أن يكون امرأة ولا عبدا كما لا يجوز أن يكون الحاكم امرأة ولا عبدا ولا يقبل إلا قول من جرب وعرف بالقيافة حذقه كما لا يقبل في الفتيا إلا قول من عرف في العلم حذقه ، وإن الحقته بهما أو نفقة عنهما أو أشكل الأمر عليهما أو لم تكن قافة ترك حتى يبلغ ، ويؤخذ أن بالنفقة عليه ؛ لأن كل واحد منهما يقول : أنا الأب وعلى نفقته ، فإذا بلغ أمرناه أن ينتسب إلى من يميل طبعه إليه لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال للغلام الذي ألحقته القافة بهما : وال أيهما شئت ، ولأن الولد يجدر لوأله مالا يجدر لغيره ، فإذا تعذر العمل بقول الزائف ترجع إلى اختيار الولد ، وهل يصح أن ينتسب إذا صار مجزأ ولم يبلغ ؟ فيه وجهان
م ٢٠ ج ١٥ المجموع

(أحدهما) يصح كما يصح أن يختار السكون مع أحد الأبوين إذا صار مميزاً .
 (والثاني) لا يصح لأنه قول يتمين به النسب ويلزم الأحكام به ، فلا يقبل
 من الصبي ، وبخالف اختيار السكون مع أحد الأبوين ، لأن ذلك غير لازم ؛
 ولهذا لو اختار أحدهما ثم انتقل الى الآخر جاز ، ولا يجوز ذلك في النسب ، وإن
 كان لأحدهما بينه قدمت على القافة ، لأن البينة تخبر عن سماع أو مشاهدة والقافة
 تخبر عن اجتماع ، فإن كان لكل واحد منهما بينه فهما متعارضتان لأنه لا يجوز
 أن يكون الولد من اثنين ، ففي أحد القولين يسقطان ويكون كما لو لم تكن بينة ،
 وقد بيناه ، وفي الثاني تستعملان ، فعلى هذا هل يقرع بينهما ، فيه وجهان .
 أحدهما : يقرع بينهما ، فن خرجت له القرعة قضى له ، لأنه لا يمكن قسمة
 الولد بينهما ، ولا يمكن الوقف ، لأن فيه اضراً باللقيط فوجب القرعة .
 والثاني : لا يقرع ، لأن معناها هو أقوى من القرعة وهو القافة ، فعلى هذا
 يصير كما لو لم يكن لهما بينة ، وليس في موضع تسقط الأقوال الثلاثة في استعمال
 البيهقيين إلا في هذا الموضع على هذا المذهب .

وان تداعت امرأتان نسبه وقلنا : انه يصح دعوى المرأة ولم تكن بينة ، فهل
 يعرض على القافة ، فيه وجهان (أحدهما) يعرض ، لأن الولد يأخذ الشبه من
 الأم كما يأخذ من الأب ، فإذا جاز الرجوع الى القافة في تمييز الأب من غيره
 بالشبه جاز في تمييز الأم من غيرها (والثاني) لا يعرض لأن الولد يمكن معرفة
 أمه يقيناً فلم يرجع فيه الى القافة بخلاف الأب فإنه لا يمكن معرفته الا ظناً فجاز
 أن يرجع فيه الى الشبه .

(فصل) وان ادعى رجل رق اللقيط لم يقبل الا ببينه ، لأن الأصل هو
 الحرية فإن شهدت له البينة نظرت ، فإن شهدت له بأنه ولدته أمته فقد قال في
 اللقيط : جعلته له . وقال في الدعوى والبيّنات : ان شهدت له بأنه ولدته أمته في
 في ملكه جعلته له ، فن أصحابنا من قال يجعل له قولاً واحداً ، وإن لم تقل ولدته
 في ملكه ، وما قال في الدعوى والبيّنات ذكره تأكيداً لا شرطاً لأن ما تاتي به
 أمته من غيره لا يكون الا مملوكاً له .

ومنهم من قال : فيه قولان (أحدهما) يجعل له لما بيناد (والثاني) لا يجعل له لأنه يحتمل أن تكون الأمة ولدته قبل أن يملكها ثم يملكها فلم يملك ولدها وإن شهدت له البيعة بالملك ولم تذكر سبب الملك ، ففيه قولان .

أحدهما : يحكم له كما يحكم له إذا شهدت له بملك مال ، وإن لم تذكر سببه .
والثاني : لا يحكم لأن البيعة قد تراه في يده فتشهد بأنه عبده بثبوت يده عليه بالانتقاط أو غيره ، وإن شهدت البيعة له باليد ، فإن كان المدعى هو الملتقط لم يحكم له لأنه قد عرف سبب يده وهو الانتقاط ، ويد الانتقاط لا تدل على الملك ؛ فلم يكن للشهادة تأثير . وإن كان المدعى غيره ، ففيه قولان .

(أحدهما) يحكم له مع اليمين لأن اليد قد ثبتت ، فإذا حلف - كم له كما لو كان في يده مال لحلف عليه (والثاني) لا يحكم له لأن ثبوت اليد على اللقيط لا تدل على الملك لأن الظاهر الحرية .

(الشرح) حديث عائشة رضي الله عنها متفق عليه بانفطاره دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال : ألم ترى إلى مجزأ المدلجى نظر أنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال : هذه الأقدام بعضها من بعض ، وفي رواية للبخارى : ألم ترى أن مجزأ المدلجى دخل فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤسهما ومندت أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض ، ومجزأ بضم الميم وفتح الجيم ثم زاي مشددة مكسورة ثم زاي أخرى اسم فاعل لأنه كان في الجاهلية إذا أسر أسيرا جز ناصيته وأطلقه وقد كان الكفار يقدحون في نسب أسامة ليكون له أسود شديد السواد ؛ وكان زيد أبيض كذا قاله أبو دارود . وأم أيمن هي أم أيمن بركة الحبشية . ولادة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثها عن أبيه حيث كانت وصيفته ، ويقال : كانت من سبي الحبشة الذين قدموا زمن الفيل فصارت لعيد المطلب فوهبها لعبد الله والد النبي صلى الله عليه وسلم ، وتزوجت قبل زيد عبيدا الحبشى فولدت له أيمن فكانت به والقافة جمع قائف كقادة جمع قائد وسادة جمع سائد ، والقائف هر الذي يتتبع الاثر ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه .

أما الأحكام : فقد قال الشافعي رضي الله عنه في الدعوى والبيئات من الام
واذا ادعى الحر والعبد المسلمان والذي الحر والعبد مولوداً وجد لقيطاً فلا فرق
بين أحد منهم كما لا يكون بينهم فرق فيما ادعوا فيه مما يملكون : فتراه القافه ،
فإن الحقوه بأحدهم فهو ابنه ليس له أن ينفيه ولا للمولود أن ينتفي منه بحال أبداً
وان الحقته القافه باثنين فأكثر أو لم تكن قافه ، أو كانت فلم تعرف ، لم يكن ابن
واحد منهم حتى يبلغ فينتسب الى أيهم شاء ، فإذا فعل ذلك انقطعت دعوى
الآخرين ، ولم يكن للذي انتسب اليه أن ينفيه وهو حر في كل حالته بأيهم لحق
لان اللقيط حر ، وانما جعلناه حراً اذا غاب عنا معناه ، لان أصل الناس الحرية
حتى يعلم أنهم غير أحرار

ولو أن أحدهم قال : هو ابني من أمة نسكتها لم يكن بهذا رقيةاً لرب الأمة
حتى يعلم أن الأمة ولدته ، ولا يجعل أقرار غيره لازماً له ، وبكفي القائف الواحد
لان هذا موضع حكم بعلم لا موضع شهادة ، ولو كان ، انما حكمه حكم الشهادات
ما أجزنا غير اثنين ولا أجزنا شهادة اثنين يشهدان على ما لم يحضرا ولم يريا ،
ولكنه كاجتهاد العالم ينفذه كما ينفذ هذا ، ولا يحتاج معه الى ثان ولا يقبل القائف
الواحد حتى يكون أميناً ولا أكثر منه حتى يكونوا أمناء أو بعضهم ، فإذا حضرنا
القائف والمتداعيين للولد أو ذوى أرحامهم ان كان المدعون له موتى أو كان بعض
المدعين له ميتاً ، فأحضرنا ذوى رحمه أحضرنا احتياطاً أقرب الناس نسباً وشبهها
في الخلق والسن والبلد بالمدعين له ، ثم فرقنا بين المتداعيين منهم ، ثم أمرنا القائف
بالحقه بأبيه أو أقرب الناس بأبيه ان لم يكن له أب .

وان كانت معه أم أحضرنا لها نسباً في القرب منها كما وصفت ثم بدأنا فأمرنا
القائف أن يلحقه بأمه لأن للقائف في الائم معنى ، وليكن يستدل به على صوابه
في الاب ان أصاب فيها ويستدل على غيره ان أخطأ فيها ، نخالفنا بعض الناس في
القافه فقال القافه باطل : فذكرنا له أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع مجزراً المدلجى
ونظر الى أقدام أسامه وأبيه زيد وقد غطيا وجوههما فقال : ان هذه الأقدام
بعضها من بعض فحكى ذلك النبي صلى الله عليه وسلم لعائشه مسروراً به ، فقال :

ليس في هذا حكم . فقلنا انه وان لم يكن فيه حكم فإن فيه دلالة على أن النبي صلى الله عليه وسلم رضى به ورآه علماً ، لأنه لو كان مما لا يجوز أن يكون حكماً ما سره ما سمع منه ان شاء الله تعالى ، وانما هو أن يعود له . فقال انك وان أصبت في هذا فقد تخطىء في غيره . فقال فهل في هذا غيره ؟ قلنا نعم ، أخبرنا ابن علية عن حميد عن أنس أنه شك في ابن له فدعا القافة .

أخبرنا أنس بن عياض عن هشام عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رجلين تداعيا ولداً ، فدعا له عمر القافة ، فقالوا قد اشتركا فيه ، فقال له عمر وال أيهما شئت .

أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن عمر مثل معناه ، أخبرنا مطرف بن مازن عن معمر عن الزهري عن عروة عن عمر بن الخطاب مثل معناه قال فإننا لا نقول بهذا ونزعم أن عمر قال هو ابنكما تراثه ويرثكما ، وهو للباقي منكما . قلت فتدري عن عمر أنه دعا القافة ، فزعمت أنك لا تدعو القافة ، فلو لم يكن في هذا حجة عليك في شيء مما وصفنا ، إلا أنك رويت عن عمر شيئاً يخالفه فيه كأنك عليك

قال ، قد رويت عنه أنه ابنهما ، وهذا خلاف ما رويتم ، قلنا وأنت تخالف أيضاً هذا ، قال فكيف لم تصيروا إلى القول به ؟ قلنا هو لا يثبت عن عمر لأن اسناد حديث هشام متصل ، والمتصل أثبت عندنا وعندك من المنقطع ، وإنما هذا حديث منقطع وسليمان بن يسار وعروة أحسن مراسلاً عن عمر عن رويت عنه ، قال فأنت تخالف عمر فيما قضى به من أن يكون ابن اثنين ؟ قالت فإنك زعمت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قضى به إذ كان في أيديهما قضاء الأموال قال كذلك قلت اه

قلت ووجه دلالة ما علم من أن التقرير منه صلى الله عليه وسلم حجة ، لأنه أحد أقسام السنة ، وحقيقته التقرير أن يرى النبي (ص) فعلاً من أحد أو يسمع قوله أو يعلم به وكان ذلك الفعل من الأفعال التي لا يعلم تقدم إنكاره لها ، دل ذلك على جوازه ، فإن استبشر به فأوضح كما في هذه القصه ، والحكم بالقافة إذا لم تكن بينه أو تعارضت به بينتان وسقطتا إذا الحقود ، فلاحقه بمن الحقود

وهذا قول أنس وعطاء ويزيد بن عبد الملك والأوزاعي والليث وأبي ثور والشافعي ومالك وأحمد بن حنبل ،

وقال أصحاب الرأي : لا حكم للقسافة ، ويلحق بالمدعين جميعاً تعميل على مجرد الشبه والظن والتخمين ، فإن الشبه يوجد بين الجانب ، وينتفي بين الأقارب ولهذا روى الشيخان أن رجلاً أتى النبي فقال : يا رسول الله إن امرأتى ولدت غلاماً أسود فقال : هل لك من ابل ، قال : نعم ، قال : فما ألوانها ، قال : حمر . قال : فهل فيها من أورك ، قال نعم ، قال أنى أتاهـا ذلك ، قال لعل عرقاً نزع ، قال : وهذا لعل عرقاً نزع ، قالوا ولو كان الشبه كافياً لا كنتي به في ولد الملاعنة ، وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون .

ودايلنا عليهم غير حديث مجزئ قول النبي صلى الله عليه وسلم في ولد الملاعنة « انظروها فان جاءت به أحمر الساقين كأنه وجرة فلا أراه الا قد كذب عليها وان جاءت به أكحل جمعاً جالياً سابع الاليتين خدج الساقين فهو للذي رميت به ، فأتت به على النعت المذكور ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لولا الايمان لي ولها شأن ، فقد حكم به النبي صلى الله عليه وسلم للذي أشبهه منهما ، وقوله لولا الايمان لي ولها شأن ، يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه الا الايمان فاذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه .

وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ابن زمعة حين رأى به شبيهاً بيناً بعته بن أبي وقاص « احتجى منه يا سودة ، فعمل بالشبه في حجب سودة عنه ، فان قيل : فالحديثان حجة عليكم اذ لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشبه فيهما بل ألحق الولد بزمعة ، وقال لعبد بن زمة هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاهر الحجر . ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة في اقامة الحد عليهما لشبهه بالمقدوف ، قلنا انما لم يعمل في ابن زمعة لان الفراش أقوى ، وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منه لا يوجب الإعراض عنه ، اذا خلت عن المعارض وكذلك ترك اقامة الحد عليهما من أجل ايمانها على أن ضعف الشبه عن اقامة الحد لا يوجب ضعفه عن الحاق النسب ، فان الحد في الزنا لا يثبت الا بأقوى البينات

وأكثرها عدداً وأقوى الإقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات ، ويدراً بالشبهات ، ولأن ضعف الشبه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته ، فإن النسب محتاط لإثباته ، ويثبت بأدنى دليل ، وأنه لا ينتفى إلا بأقوى الأدلة ، كما أن الحد لما انتفى بالشبه لم يثبت إلا بأقوى دليل ، فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور أن لا يثبت به النسب في مسألتنا .

والقافة قوم يعرفون الإنسـان بالشبه . ولا يختص ذلك بقبيلة معينة على الصحيح من المذهب ، وبه قال أحمد رضي الله عنه وأصحابه : بل هو علم يتعلم بقواعده وأصوله التي كانت عند العرب ، وكان أكثر ما يكون في بني مدلج رهط مجز الذي رأى أسامة وأباه زيدا ، ون إياس بن معاوية المزني قائفاً . وكذلك قيل في شريح . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون عدلاً مجرباً في الإصابة ، حراً لأن قوله حكم .

وقد كان بعض العرب يستدل من اختلاف أحد الأبناء عن إخوته على أسباب الشك التي تساوره ، فقد عاد أحدهم إلى امرأته من سفر فوجدها قد ولدت له ولداً ، فقال لها :

لا تمشطى رأسى ولا تغلبنى وحاذرى ذا الريق فى يمينى
واقتربنى منى أخـبرينى ما له أسود كالهجين
خالف ألوان بنى الجـون

على أن أسباب المعرفة في زماننا هذا قد اتسعت آفاقها واستقرت قواعدها على أسباب أدق ومبادئ أضبط ، وإن كانت غير قطعية في أكثر أحوالها ، وقد يأخذ العلم الحديث بالقيافة حيث يعجز التحليل الطبى ، والقيافة أحد فروع الطب الشرعى أو هى الأساس الفعلى للطب الشرعى ، ومن قرأ كتب الطب الشرعى العربية أو الأجنبية يتضح له صحة هذا الحكم .

وقد جاء فى كتاب الطب الشرعى الجنائى للدكترة شريف وسيف الناصر ومشالى أن فصائل الدم تنقسم فى جميع الشعوب إلى أربعة أقسام ، قسمان كبيران ويمكن إطلاق معنى السائدة عليهما ويرمز إليهما بألف وباء ، ونوع يتكون منهما

ويرمز اليه بألف باء ، ونوع نادر ويسمى (أو) فإذا كان الرجل من فصيلة (ا)
والمرأة من فصيلة (ب) أمكن أن يكون الولد أوب أو (اب)
ويلاحظ أن قيافة الدم هنا وإن كانت قائمة على أساس علمي إلا أنها سلبية
وليست إيجابية ، فهي تقول بأن هذا ليس أباً ولا تستطيع أن تقول هذا أب ، لأنه
قد يكون الأب شخصاً له فصيلة المدعى ، ولكن يمكن أن ينفي فيقول إذا كانت
فصيلة دم الابن أو وكانت فصيلة الأب المدعى اب والام ب حكموا بالقطع بأن
هذا ليس أباه ، ولكن لو كانت فصيلة من فصيلة الطفل قالوا بمحتمل أن يكون
أباه ويحتمل أن يكون أبوه غيره ، على أن أحسن القيافة التعرف عن طريق
الأطراف كالأيدي والارجل وملامح الوجه . وهل يقبل قول واحد أو لا يقبل
الا قول اثنين — وجهان — (أحدهما) أنه حكم بالاجتهاد فيصح من واحد .
(والثاني) لا يجوز بأقل من اثنين كالحكم بالمثل في جزاء الصيد في قوله تعالى
« يحكم به ذوا عدل منكم » ، ولأنه حكم بالشبه في الخلقة فأشبه الحكم في المثل
في جزاء الصيد « فجزاء مثل ما قتل من النعم »

وبهذا الوجه قال أحمد رضى الله عنه في ظاهر رواية الاثرم عنه أنه قيل له :
إذا قال أحد القافة هو لهذا ، وقال الآخر هو لهذا . قال لا يقبل واحد منهما حتى
يجتمع اثنان فيكونان شاهدين ، فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا ، لأنه
قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة .

وقال القاضي من الحنابلة ، يقبل قول الواحد لأنه حكم ، ويقبل في الحكم
قول واحد . وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال « إذا خالف
القائف غيره تعارضاً وسقطاً ، فإن قال اثنان قولاً وخالفهما واحد فقوالهما أولى
لأنهما شاهدان فقوالهما أولى لأنه أقوى من قول واحد . وإن عارض قول اثنين
قول اثنين سقط قول الجميع . وإن عارض قول الاثنين قول ثلاثة أو أكثر لم
يرجح وسقط الجميع ، فأما إن ألحقته القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فالحققة
بآخر كان لاحقاً بالأول ، لأن القائف جرى مجرى حكم الحاكم ، ومتى حكم
الحاكم حكماً لم ينقض بمخالفه غيره له ، وإن ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم

بكفره ولا رقه لأن الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد .

ولو ادعى نسب اللغيط لإنسان فألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الأول لأنه حكم له به فلم يزل بمجرد الدعوى ، فإن الحقته به القافة لحق به وانقطع عن الأول ، لأنها بيّنة في إلحاق النسب ، ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة .

(فرع) إذا ادعاه إثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما في النفقة . وكان أحمد رضى الله عنه يقول : إنه ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه جميعاً ميراث أب واحد وهذا يروى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب رضى الله عنهما وهو قول أبي ثور . وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى . وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد ، فإذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما ، واحتج برواية عمر رضى الله عنه أن القافة قالت ، قد اشتركا فيه ، فقال عمر وال أيهما شئت ، ولأنه لا يتصور كونه من رجلين ، فإذا ألحقته القافة بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كما لو ألحقته بأثنين ، ولأن المدعين لو اتفقا على ذلك لم يثبت ، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بيّنة سقطتا ، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بيّنتهما ، هذا وما لم نتناوله من مسائل الفصل فعلى وجهه من تقرير المصنف . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ومن حكم بإسلامه أو بأحد أبويه أو بالسبابي حكمه قبل البلوغ حكم سائر المسلمين في الغسل والصلاة والميراث والقصاص والدية . لأن السبب الذي أوجب الحكم بإسلامه لم يزل فأشبهه من أسلم بنفسه وبقي على إسلامه ، فإن بلغ ووصف الكفر فالمنصوص أنه مرتد ، فإن تاب وإلا قتل لأنه محكوم بإسلامه قطعاً فأشبهه من أسلم بنفسه ثم ارتد . ومن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) ما ذكرناه (والثاني) أنه يقر على الكفر لأنه لما بلغ زال حكم التبع فاعتبر بنفسه ، فإن بلغ ولم يصف الاسلام ولا الكفر فقتله قاتل فالمنصوص أنه لا قود على قاتله .

ومن أصحابنا من قال : يجب القود لأنه محكوم بإسلامه فأشبه ما قبل البلوغ ، وهذا خطأ لأنه يحتمل أن يكون غير راض بالإسلام ، والقصاص يسقط بالشبهة فسقط : ويخالف ما قبل البلوغ فإن إسلامه قائم قطعاً وبعد البلوغ لا نعلم بقاء الإسلام ، فأما من حكم بإسلامه بالدار فإنه قبل البلوغ كالمحكوم بإسلامه بأبويه أو بالسبب ، فإن بطلان وصف الكفر فإنه يفزع ويهدد على الكفر احتياطاً ، فإن أقام على الكفر أقر عليه .

ومن أصحابنا من قال : هو كالمحكوم بإسلامه بأبويه لأنه محكوم بإسلامه بغيره فصار كالمسلم بأبويه ، والمنصوص أنه يقر على الكفر لأنه محكوم بإسلامه من جهة الظاهر ، ولهذا لو ادعاه ذمى وأقام البينة حكم بكفره .

(فصل) وإن بطلان اللقيط وقذفه رجل وادعى أنه عبد . وقال اللقيط : بل أنا حر ففيه قولان (أحدهما) أن القول قول اللقيط لأن الظاهر من حاله الحرية (والثاني) أن القول قول القاذف لأنه يحتمل أن يكون عبداً ، والأصل براءة ذمة القاذف من الحد وإن قطع حر طرفه وادعى أنه عبد . وقال اللقيط : بل أنا حر فالمنصوص أن القول قول اللقيط ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان كالقذف ، ومنهم من قال : أن القول قول اللقيط قولاً واحداً وفرق بينه وبين القذف بأن القصاص قد وجب في الظاهر ووجوب القيمة مشكوك فيه فإذا أسقطنا القصاص انتقلنا من الظاهر إلى الشك فلم يجوز وفي القذف قد وجب الحد في الظاهر ووجوب التعزير يقين لأنه بعض الحد ، فإذا أسقطنا الحد انتقلنا من الظاهر إلى اليقين فجاز .

(فصل) إذا بلغ اللقيط ووهب وأقبض وباع وابتاع ونكح وأصدق وجنى ؛ وجنى عليه ثم قامت البينة على رقه كان حكمه في التصرفات كما حكم العبد القن يمضى ما يمضى من تصرفه ، وينقض ما ينقض من تصرفه فيما يضره ويضر غيره ، لأنه قد ثبت بالبينة أنه مملوك فكان حكمه حكم المملوك ، فإن أقر على نفسه بالرق لرجل فعنده نظرت ، فإن كان قد تقدم منه إقرار بحريته لم يقبل إقراره بالرق ، لأنه لزمه بإقراره بالحرية أحكام الأحرار في العبادات والمعاملات فلم يقبل

إقراره في إسقاطها ، وإن لم يتقدم منه إقرار بالحرية ففيه طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) لا يقبل إقراره بالرق ، لأنه محكوم بحريته فلم يقبل إقراره بالرق كما لو أقر بالحرية ، ثم أقر بالرق .

(والثاني) يقبل لأننا حكمنا بحريته في الظاهر ، وما ثبت بالظاهر يجوز إبطاله بالإقرار ، ولهذا لو ثبت إسلامه بظاهر الدار وبلغ وأقر بالكفر قبل منه ، وكذلك ههنا ، ومنهم من قال : يقبل إقراره بالرق قولاً واحداً لما ذكرناه ، ويكرن حكمه في المستقبل حكم الرقيق ، فأما تصرفه بعد البلوغ وقبل الحكم برقه فعلى قوانين (أحدهما) يقبل إقراره في جميعه ، لأن الرق هو الأصل وقد ثبت فوجب أن تثبت أحكامه كما لو ثبت بالبينة (والثاني) يقبل فيما يضره ولا يقبل فيما يضر غيره ، لأن إقراره يتضمن ما يضره ويضر غيره فقبل فيما يضره ، ولم يقبل فيما يضر غيره ، كما لو أقر بمال عليه وعلى غيره ، وهذا الطريق هو الصحيح وعليه التفريع فإن باع واشترى — فإن قلنا : يقبل إقراره في الجميع ، وقلنا : إن عقود العبد من غير إذن المولى لا تصح — كانت عقود فاسدة فإن كانت الأعيان باقية وجب ردها ، وإن كانت تالفة وجب بدلها في ذمته يتبع به إذا عتق . وإن قلنا : يقبل فيما يضره ، ولا يقبل فيما يضر غيره ، لم يقبل قوله في إفساد العقود ، ويلزمه اعواضها ، فإن كان في يده مال استوفى منه ، فإن فضل في يده شيء كان لمولاه .

وإن كان الأقيط جارية فزوجها الحاكم ثم أقرت بالرق — فإن قلنا : يقبل إقرارها في الجميع — فالنكاح باطل ، لأنه عقد بغير إذن المولى ، فإن كان قبل الدخول لم يجب على الزوج شيء ، وإن كان بعد الدخول وجب عليه مهر المثل لأنه وطء في نكاح فاسد ، وإن أتت بولد فهو حر لأنه دخل على أنه حر وعليه قيمته ويجب عليها عدة أمة وهي قرآن .

وإن قلنا : لا يقبل فيما يضر غيره لم يبطل النكاح ، لأن فيه إضراراً بالزوج وإمكانه في حق الزوج في حكم الصحيح ، وفي حقها في حكم الفاسد ، فإن كان قبل الدخول لم يجب لها مهر ، لأنها لا تدعيه ، وإن كان بعد الدخول وجب لها أقل

الأميرين من مهر المثل أو المسمى ، لأنه إن كان المهر أقل لم يجب ما زاد لأن فيه إضراراً بالزوج ، وإن أتت منه بولد فهو حر ولا قيمة عليه لأننا لا نقبل قولها فيما يضره ، ونقول للزوج قد ثبت أن زوجتك أمة ، فإن اخترت إمساكها كان ما تلده مملوكاً للسيد لأنك تطؤها على علم أنها أمة ، وإن طلقها اعتدت عدة حرة وهو ثلاثة أقراء وله فيها الرجعة لأننا لا نقبل قولها عليه فيما يضره ، وإن مات عنها لزمها عدة أمة وهي شهران وخمس ليال . لأن عدة الوفاة تجب لحق الله تعالى لا حق له فيها ، ولهذا تجب من غير وطء . وقول اللقيط يقبل فيما يسقط حق الله تعالى من العبادات ، وإن كان اللقيط غلاماً فتزوج ثم أقر بالرق .

فإن قلنا : يقبل إقراره في الجميع : بطل النكاح من أصله لأنه بغير إذن المولى فإن لم يدخل بها لم يلزمه شيء ، وإن دخل بها لزمه أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل ؛ لأنه إن كان المسمى أقل لم يجب ما زاد لأنها لا تدعيه ، وإن كان مهر المثل أقل لم يجب ما زاد لأن قوله مقبول ؛ وإن ضر غيره . وإن قلنا : لا يقبل قوله فيما يضر غيره لم يقبل قوله : أن النكاح باطل ، لأنه يضرها ، ولكن يحكم بانهساخه في الحال لأنه أقر بتحريمها ، فإن كان قبل الدخول لزمه نصف المسمى وإن دخل بها لزمه جميعه لأنه لا يقبل قوله في إسقاط المسمى .

(الشرح) من حكم بإسلامه أو بإسلام أحد أبويه ، وإن علا وقت العلوق ولو أنثى غير وارثه ، ولو كان حدوث الولد بعد موت أصله فهو مسلم بالاجماع بشرط فسبذه إليه نسبة تقتضي التوارث فلا يرد آدم أبو البشر عليه السلام ، ولو ارتد بعد البلوغ بأن وصف كفراً أي أعرب به عن نفسه فترد لأنه مسلم ظاهراً وباطناً ، ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما ، وإن علا قبل بلوغه ولو بعد تمييزه حكم بإسلامه إجماعاً كما في اسلام الأب والخبر في اسلام يعلو ولا يعلى عليه ، ولو أمكن احتلامه فادعاه قبل اسلام أصله فظاهر إطلاقهم قبول قوله فيه لزم إمكانه قال الرملي : وما يحثه الولي العراقي من عدم قبول قوله إلا أن يثبت على عانته شعر خشن ، غير ظاهر إلا أن يقال : الاحتياط للإسلام يلغى قوله المانع له لاحتمال كذبه ، ولاصل بقاء الصغر ، فإن بلغ ووصف كفراً فترد لسبق الحكيم

بإسلامه ظاهراً وباطناً ، وفي قول كافر أصلي ، لأن تبعيته أزالته الحسنة بكفره ، وقد زالت باستقلاله فعاد لما كان عليه أولاً ، وبني عليه أنه يلزمه التلفظ بالإسلام بعد البلوغ بخلافه على الأول ، ومن ثم لو مات قبل التلفظ جهز كمسلم ؛ بل قال إمام الحرمين وصوبه في الروضة هو كذلك على الثاني أيضاً لأن هذه الأمور مبنية على الظاهر ، وظاهره الإسلام .

وما ذكره بعضهم من أن المسلم بإسلام أحد أبويه لا يغني عنه إسلامه شيئاً ما لم يسلم بنفسه فغريب أو سبق قلم على ما قررره الأذرعى أو مفرع على وجوب التلفظ ولو تلفظ ثم ارتد فترد قطعاً ؛ ولا ينقض ما جرى عليه من أحكام الإسلام قبل رده على الأصح .

ولو سبي مسلم طفلاً تبع هذا الطفل ساييه في الإسلام ظاهراً وباطناً إن لم يكن معه أحد أبويه بالاجماع ؛ ولا اعتبار بمن شذ ، ولأنه صار تحت ولايته كالأبوين ، وقضية الحكم بإسلامه باطنياً أنه لو بلغ ووصف الكفر كان مرتداً أما إذا كان معه أحد أبويه وإن علا بأن كان في جيش واحد وغنيمة واحدة ، وإن لم يتحد المالك وقد سبوا معاً — وإن أطلق القاضي في تعليقه أنه إذا سبق سبي أحدهما سبي الآخر تبع السابي ، فلا يحكم بإسلامه ، لأن تبعيتهما أقوى من تبعية السابي وإن ماتا بعد ، لأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي ، ولو سباه ذمى قاطن ببلادنا على حد قول إمام الحرمين أو دخل به دارنا كما قال البغوى ، أو سباه في جيشنا ، وكل ذلك إنما هو قيل للخلاف في قواهم : لم يحكم بإسلامه في الأصح . والثاني : يحكم بإسلامه تبعاً للدار والوجه أنه لو سبي أبواه ثم أسلما صار مسلماً بإسلامهما خلافاً للحليمي ومن تبعه ، ولو سباه مسلم وذمى حاكم بإسلامه تغليماً لحكم الإسلام ، ولو سبي الذمى صبياً أو مجنوناً وباعه لمسلم أو باعه المسلم السابي له مع أحد أبويه في جيش واحد ولو دون أبويه من مسلم لم يتبع المشتري لفوات وقت التبعية ، لأنها إنما تثبت ابتداء وما جاء من قتله فسيأتي في القضية إن شاء الله تعالى .

(فرع) إذا ادعى رق اللقيط مدع بعد بلوغه كلف إجابته ، فإن أنكر ولا بينة

لم تقبل دعواه ، وإن كانت له بينة حكم له بها ، فإن كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت تصرفاته لتصرفه بغير إذن ، وإن لم تكن بينة فأقر بالرق نظرنا ، فإن كان اعترف لنفسه بالحرية قبل ذلك لم يقبل إقراره بالرق لأنه اعترف بالحرية وهي حق الله تعالى فلا يبطل برجوعه .

فإن قلنا : يقبل إقراره كأحد الوجهين عند الشافعي صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله ، وهذا قال أبو حنيفة والمزني وأحمد ، وهو أحد قولي الشافعي رضي الله عنه ، لأنه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه ، فوجب أن يثبت ما عليه دون ما له كما لو قال : لفلان علي ألف درهم ولي عنده رهن . ويحتمل أن يقبل إقراره في الجميع ، وهو القول الثاني للشافعي لأنه ثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة ، فإن قبلنا إقراره بالرق لم يخل من أن يكون ذكرا أو أنثى ؛ فإن كان اللقيط أنثى فالنكاح صحيح في حقها ، فإن كان قبل الدخول فلا جهر لها ، وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها وأما أولادها فأحرار ولا يثبت الرق في حق أولادها بإقرارها فأما بقاء النكاح فيقال للزوج : قد ثبت أنها أمة ، فإن اخترت المقام على ذلك فأقم ، وإن شئت ففارقها ، وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لأننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان إفسادا للعقد جميعه بقولها ، لأن شروط نكاح الامه لا تعتبر في استدامة العقد إنما تعتبر في ابتدائه .

فإن قيل : قد قبلتم قولها في أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج . قلنا لم يقبل قولها في إيجاب حق لم يدخل في العقد عليه ، فأما الحكم في المستقبل فيمكن إيفاء حقه وحق من يثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليها أو يقيم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها ، فإن طلقها اعتدت عدة الحرة ؛ لأن عدة الطلاق حق للزوج عند أحمد والشافعي ثلاثة قروء ، وإن مات اعتدت عدة الأمة وهي شهران وخمس ليال لأنه وطء في نكاح فاسد ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن جنى عمدا على عبد ثم أقر بالرق وجب عليه القصاص على

القولين وإن جنى خطأ وجب الأرش في رقبته على القولين لأن وجوب القصاص ووجوب الأرش في رقبته يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه ، وإن جنى عليه حر عمداً لم يجب القود على الجاني لأن ذلك مما يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه ، وإن جنى عليه خطأ بأن قطع يده ، فإن الجاني يقر بنصف الدية واللقيط يدعى نصف القيمة ، فإن كان نصف القيمة أكثر من نصف الدية وجب نصف القيمة ، لأن ما زاد عليه لا يدعيه . وإن كان أكثر من نصف الدية فعلى القولين إن قلنا يقبل قوله في الجميع وجب على الجاني نصف القيمة ، وإن قلنا لا يقبل فيما يضر غيره وجب نصف الدية لأن فيما زاد إضراراً بالجاني

(فصل) وإن أقر اللقيط أنه عبد لرجل وكذبه الرجل سقط إقراره ، كما لو أقر له بدار فكذبه ، وإن أقر اللقيط بعد التكذيب بالرق لآخر لم يقبل . وقال أبو العباس يقبل كما لو أقر لرجل بدار فكذبه ثم أقر بها لآخر ، والمذهب الأول لأن بإقراره الأول قد أخبر أنه لم يملكه غيره ، فإذا كذبه المقر له رجع إلى الأصل ، وهو أنه حر فلم يقبل إقراره بالرق بعده ، ويخالف الدار لأنه إذا كذبه الأول رجع إلى الأصل وهي مملوكة فقبل الإقرار بها لغيره .

(فصل) وإن بلغ اللقيط قاضي عليه رجل أنه عبده فأنكره فاقول قوله لأن الأصل الحرية ، وإن طالب المدعى يمينه فهل يحلف ؟ يبنى على القولين في إقراره بالرق ، فإن قلنا يقبل حلف لأنه ربما خاف من اليمين فأقر له بالرق ، وإن قلنا لا يقبل لم يحلف ؛ لأن اليمين إنما تعرض ليخاف فيقر ، ولو أقر لم يقبل فلم يكن في عرض اليمين فائدة وبالله التوفيق .

(الشرح) إذا جنى جنابة موجبة للقصاص فعليه القود حرراً كان المجنى عليه أو عبداً ، لأن إقراره بالرق يقتضي وجوب القود عليه فيها إذا كان المجنى عليه عبداً أو حرراً فقبل إقراره فيه . وإن كانت الجنابة خطأ تعلق أرشها برقبته ، لأن ذلك مضر به ، فإن كان أرشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفى منه وإن كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله في إسقاط الزيادة ، لأن ذلك يضر بالمجنى عليه فلا يقبل قوله فيه .

وقيل تجب الزيادة في بيت المال لأن ذلك كان واجباً للمجنى عليه فلا يقبل قوله في إسقاطه .

وان جنى عليه جنابة موجبة للقيود وكان الجاني حراً سقط ، لأن الحر لا يقاد منه للعبد ، وقد أقر المجنى عليه بما يسقط القصاص ، وإذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لأنها ممكنة وإن كانت مخالفة لظاهر الدار ، فإن لم تكن له بينة فلا شيء له ، أما إذا ادعاه بعد بلوغه فأنكر اللقيط قال قول قوله لاستصحاب الأصل وهو الحرية ، وهي حق لله تعالى ، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتاب الوقف

الوقف قرينة مندوب اليها لما روى عبد الله بن عمر أن عمر رضي الله عنه ، أتى النبي صلى الله عليه وسلم وكان قد ملك مائة سهم من خيبر ، فقال : قد أصبت ما لا لم أصب مثله ، وقد أردت أن أتقرب به إلى الله تعالى ، فقال : حبس الأصل وسبل الثمرة ،

(فصل) ويجوز وقف كل عين ينتفع بها على الدوام كالعقار والحيوان والأثاث والسلاح ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه ، أنه ذكر للنبي (ص) أنه منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس بن عبد المطالب ، يعني الصدقة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما نقيم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله ورسوله . فأما خالد فانكم تظلمون خالداً ، إن خالداً قد حبس أدرعه وأعتده معاً في سبيل الله ، ولأنه لما أمر عمر رضي الله عنه بتحبيس الأصل وتسبيل الثمرة ، دل ذلك على جواز وقف كل ما يبقى وينتفع به .

وأما ما لا ينتفع به على الدوام كالطعام وما يشم من الرياحان وما تحطم وتكسر من الحيوان فلا يجوز وقفه لأنه لا يمكن الانتفاع به على الدوام ، ويجوز وقف الصغير من الرقيق والحيوان ، لأنه يرجى الانتفاع به على الدوام ، ولا يجوز وقف الحمل لأنه تمليك منجز فلم يصح في الحمل وحده كالبيع

(فصل) واختلاف أصحابنا في الدراهم والدنانير . فمن أجاز إيجارها أجاز وقفها ، ومن لم يجز إيجارها لم يجز وقفها . واختلفوا في الكلب فمنهم من قال لا يجوز وقفه لأن الوقف تملك والكلب لا يملك . ومنهم من قال يجوز الوقف لأن القصد من الوقف المنفعة وفي الكلب منفعة فجاز وقفه ، واختلفوا في أم الولد فمنهم من قال يجوز وقفها لأنه ينتفع بها على الدوام فهي كالأمة القنة ، ومنهم من قال لا يجوز لأنها لا تملك

(فصل) ولا يصح الوقف إلا في عين معينة ، فإن وقف عبداً غير معين أو فرساً غير معين فالوقف باطل لأنه إزالة ملك على وجه القرية فلم يصح في عين في الذمة كالعتق والصدقة .

(الشرح) حديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه بلفظ : أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر فقال : يا رسول الله أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمرني ؟ فقال : إن شئت حبست أصلها ؛ وتصدقت بها ، فتصدق بها عمر — على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث — في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضعف وابن السبيل ، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول ، وفي لفظ : غير متأنل مالا ،

وفي حديث عمرو بن دينار عند البخاري قال في صدقة عمر : ليس على الولي جناح أن يأكل ويؤكل صديقاً له غير متأنل ، قال : وكان ابن عمر هو بلي صدقة عمر ويهدي لناس من أهل مكة كان ينزل عليهم ، وللحديث روايات للبيهقي والطحاوي والدارقطني .

وروى النسائي وابن ماجه والشافعي عن ابن عمر ، وهو متفق عليه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه ، قال عمر للنبي صلى الله عليه وسلم : إن المائة سهم التي لي بخيبر لم أصب مالا قط أعجب إلي منها ، وقد أردت أن أتصدق بها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : احبس أصلها وسبل ثمرتها ،

وأما حديث أبي هريرة فقد رواه أحمد ومسلم بلفظ : بعث رسول الله (ص) عمر على الصدقة فقيل : منع ابن جميل وخالد بن الوليد وعباس عم النبي (ص) فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما ينقم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فآغناه الله ، وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً ، قد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله تعالى . وأما العباس فهي علي ومثلها معها . ثم قال : يا عمر أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه ، وأخرجه البخاري وليس فيه ذكر عمر ولا ما قيل له في العباس . وأخرجه أبو داود الطيالسي من حديث أبي رافع وفيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر : إنا كنا تعجلنا صدقة مال العباس عام الأول ، وأخرجه الطبراني والبزار وفي إسناده محمد بن ذكوان ، وهو ضعيف . ورواه البزار من حديث موسى بن طلحة عن أبيه نحوه . وفي إسناده الحسن بن عمار وهو متروك .

ورواه الدارقطني من حديث ابن عباس ، وفي إسناده مندل بن علي والعرزمي وهما ضعيفان .

أما اللغات فالوقوف مصدر وقف يقف ؛ ووقفته أنا يتعدى ويلزم ، ووقفت الدار حبستها في سبيل الله ، وشيء موقوف ووقف - تسمية بالمصدر ، والجمع أوقاف ، كتب وأثواب ، ولا يقال أوقفت إلا في الكلام ، فتقول فأوقفت عن الكلام .

وقوله : حبس الأصل وسبل الثمرة ، الحبس ضد الإطلاق ، أي اجعله محبوساً لا يباع ولا يوهب . وسبل الثمرة ، أي اجعل لها سبيلاً ، أي طريقاً لمصرفها ، والآثام متاع البيت ، قال الله تعالى : أنا أنامنا ومناها إلى حين ،

وقوله : ما نقم ابن جميل ، نقم من باب ضرب نقما ونقوما ، وفي لغة من باب تعب ، ومعناه كره الشيء . وعابه أشد العيب ، وفي التنزيل : وما تنقم منا ، على اللغة الأولى ، أي وما تظمن فينا وتقدح ، وقيل لبس المك عندنا ذنب ولا ركبنا مكروها .

والأعتدة جمع عتاد وهو أهبة الحرب من السلاح والذخيرة وغيرهما يقال :
أخذ للأمر عدته وعتاده أى أهبته وآلته .

أما الأحكام : فقد استدلل المصنف بحديث ابن عمر على صحة وقف المشاع
وهو مذهب الشافعى وأبى يوسف ومالك ، لأن عمر وقف مائة سهم بخيبر ولم
تسكن مقسومة ، وقد عارض وقف المشاع بعض الفقهاء وأوضح ما احتجوا به
أن كل جزء من المشترك محكوم عليه بالمملوكية للشريكين فيلزم مع وقف أحد
الشريكين أن يحكم عليه بحكمين مختلفين متضادين مثل صحة البيع بالنسبة إلى كونه
مملوكا وعدم الصحة بالنسبة إلى كونه موقوفا ، فيتنصف كل جزء بالصحة وعدمها
وأجيب عن هذا بأنه نظير العتق المشاع كحديث الستة الأعبد كما صح هنا ، وإذا
صح من جهة الشارع بطل هذا الاستدلال .

وقد استدلل البخارى على صحة وقف المشاع بحديث أنس فى قصة بناء المسجد
وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ثامنوني حائطكم ، قالوا : لا نطلب ثمنه إلا
إلى الله عز وجل ، وهذا ظاهر فى جواز وقف المشاع ولو كان غير جائز لا ينكر
عليهم النبي صلى الله عليه وسلم قولهم هذا وبين لهم الحكم .

على أن الوقف عند أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحته
قال جابر رضى الله عنه لم يكن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة
إلا وقف ولم ير شريح الوقف وقال : لا حبس عن فرائض الله ، وقال أحمد :
وهذا مذهب أهل الكوفة ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجرد
والواقف الرجوع فيه إلا أن يوصى به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم ،
وحكاه بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس ، وخالفه أصحابه فقالوا كقول
سائر أهل العلم .

واحتج بعضهم بما روى أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة
وجعله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء أبواه إلى النبي صلى الله عليه وسلم
فقالا : يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط ، فردّه النبي صلى الله عليه
وسلم ثم ماتا فورثهما . رواه المحاملى فى أماليه ، ولأنه أخرج ماله على وجه القربة

من مملكته فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة ، وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنه صلى الله عليه قال لعمر في وقفه : لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث ، قال الترمذي العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي (ص) وغيرهم ، لا نعلم بين أحد من المتقدمين منهم في ذلك اختلافاً .

قال الحميدى شيخ البخارى : تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره على ولده ، وعمر بربعه عند المروة على ولده ، وعثمان برومة ، وتصدق على بأرضه ينيبع ، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده ، وعمر بن العاص بالوهط ، وداره بمكة على ولده ، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده قال : فذلك كله إلى اليوم اهـ .

فإن الذى قدر منهم على الوقف وقف واشتتر ذلك فلم ينسكه أحد فكان إجماعاً ، ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية ، فإذا انجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق ؛ وأجيب عن حديث عبد الله بن زيد بأنه إن ثبت فليس فيه ذكر للوقف والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف ، استناب فيها النبي صلى الله عليه وسلم فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما ولذلك لم يردّها عليه ، إنما دفعها إليهما ، وبمحتمل أن الحائط كان لهما ، وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهما التصرف بغير إذنهما فلم ينفذه ، وأتى النبي صلى الله عليه وسلم فردّه إليهما والقياس على الصدقة لا يصح لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم ، وإنما تفتقر إلى القبض ، والوقف لا يفتقر إليه فافتراقاً ، فإذا صح الوقف فقد زال به ملك الواقف على المشهور من مذهبنا . والصحيح من مذهب أحمد ، وكذلك المشهور من مذهب أبى حنيفة . وعن مالك : لا يزول ملكه ، وهو قول لأحمد . وحكى قولاً لشافعى لقول النبي (ص) : حبس الأصل وسبل الثمرة ،

وأجيب على القول بقياس الملك بأن الوقف سبب يزول التصرف في الرقبة والمنفعة ، فأزال الملك كالعتق ؛ ولأنه لو كان ملكه لرجعت إليه قيمته كالمالك المطلق ، وأما الخبر فالمراد به أن يكون محبوساً لا يباع ولا يوهب ولا يورث ،

وقاعدة الخلاف أنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصومة فيه ، ويحتمل أن يلزمه أرش جنايته كما يفدى أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك إذا صح هذا فما ينتفع به باتلافه كالمطعم والمشروب والمشعوم فوقفه غير جائز ، وكذلك الشمع ، وكذلك كل ما يسرع اليه الفساد وكل مالا يمكن الانتفاع به على الدوام وقد ألحق الحنابلة ، الدراهم والدنانير بالمأكول والمشروب ، ويحكي شيء عن مالك والأوزاعي في وقف الطعام أنه يجوز ، ولم يحكم أصحاب مالك ، وهذا غير صحيح ، لأن الوقف تحبیس الأصل وتسبيل الثمرة ومالا ينتفع به الا بالاتلاف لا يصح فيه ذلك ولا يصح في المشعوم مقطوعا ويصح فيه مزروعا لبقائه مدة كما قاله النووي وغيره ، ولهذا قال ابن الصلاح والحوارزمي يصح وقف المشعوم كالريحان وغيره وكالعنبر والمسك بخلاف عود البخور لاستهلاكه بالمنفعة وقد اختلف أصحابنا في الدراهم والدنانير فن قال بجواز أن تكون لها ثمرة دائمة كالإجارة أجاز وقفها ، ومن قال بعدم جواز الإجارة ، قال بعدم جواز الوقف فيها ، لأن تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الأثمان ، ولهذا لا تضمن في الغصب فلم يحز الوقف له وأجاز الأصحاب وقف الدراهم والدنانير حليا وللعارية لما روى نافع قال : ابتاعت حفصة حليا بعشرين ألفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته ، رواه الحلال بإسناده ، ولأنه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائما فصح وقفها كالعقار ، ولأنه يصح تحبیس أصلها وتسبيل الثمرة فصح وقفها كالعقار ، وإلى هذا ذهب أصحاب أحمد .

وروى عن أحمد أنه لا يصح وقفها ، وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه ، وذكره ابن أبي موسى ، ووجه هذه الرواية أن التحلي ليس هو المقصود الأصلي من الأثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم .

قال ابن قدامة : والأول هو المذهب ، والتحلي من المقاصد المهمة ، والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذه وجوز إجارته لذلك ، وبفارق الدراهم والدنانير ، فإن العادة لم تجر بالتحلي به ولا اعتبره الشرع في إسقاط زكاته ولا ضمان نفعه في الغصب بخلاف مسألتنا .

(فرع) لا يجوز وقف مالا يجوز امتلاكه كالكلب ولو كلب صيد وكذلك الخنزير كما لا يجوز وقف أدوات اللهو والمعازف ، والكلب إنما أبيع الانتفاع به على خلاف الأصل للقدره فلا يجوز التوسع فيها . هذا هو الأصح كما قرره النووي في المنهاج وتابعه جميع الشراح .

كما لا يجوز الوقف إلا على عين معينة مملوكة لمالك يقبل النقل يحصل منها مع بقاء عينها فائدة أو منفعة وضابط المنفعة المقصودة ما يصح استئجاره ، على شرط ثبوت حق الملك في الرقبة وشمل كلام النووي في المنهاج وقف الموصى بعينه مدة والمأجور ، وإن طالت مدتهما ونحو الجحش الصغير وإن لم تكن لأولئك منفعة . حالا ، ولا يصح وقف حيوان أو متاع أو ثياب في الذمه لأن حقيقة إزالة ملك عن عين ، نعم يجوز التزامه فيها بالنذر وهذا كله قال أحمد وأصحابه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما جاز وقفه جاز وقف جزء منه مشاع لأن عمر رضي الله عنه وقف مائة سهم من خيبر بأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لأن القصد بالوقف حبس الأصل وتسبيل المنفعة ، والمشاع كالمقسوم في ذلك ، ويجوز وقف علو الدار دون سفليها وسفليها دون علوها ، لأنهما عينا يجوز وقفهما ، فجاز وقف أحدهما دون الآخر كالعبدین .

(فصل) ولا يصح الوقف إلا على بر ومعروف كالقناطر والمساجد والفقراء والأقارب ، فإن وقف على ما لا قربة فيه كالبيع واليكنائس وكتب التوراة والانجيل ، وعلى من يقطع الطريق أو يرتد عن الدين لم يصح ، لأن القصد بالوقف القربة ، وفيما ذكرناه إعادته على المعصية ، وإن وقف على ذي جاز لأنه في موضع القربة ، ولهذا يجوز التصديق عليه لجواز الوقف عليه ، وفي الوقف على المرتد والحربي وجهان .

(أحدهما) يجوز لأنه يجوز تملكه لجواز الوقف عليه كالذمي .

(والثاني) لا يجوز ، لأن القصد بالوقف نفع الموقوف عليه ، والمرتد والحربي مأمور بقتلها فلا معنى للوقف عليهما ، وإن وقف على دابة رجل ،

ففيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز ، لأن مؤنتها على صاحبها ، والثاني : يجوز لأنه كالوقف على مالكمها .

(فصل) ولا يجوز أن يقف على نفسه ، ولا أن بشرط لنفسه منه شيئا . وقال أبو عبد الله الزبيرى (١) : يجوز لأن عثمان رضى الله عنه وقف بئر رومة وقال : دلوى فيها كدلاء المسلمين ، وهذا خطأ لأن الوقف يقتضى حبس العين وتمليك المنفعة والعين محبوسة عليه ومنفعتها مملوكة له فلم يكن للوقف معنى ، ويخالف وقف عثمان رضى الله عنه لأن ذلك وقف عام ويجوز أن يدخل في العام ما لا يدخل في الخاص ، والدليل عليه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى في المساجد وهى وقف على المسلمين ، وإن كان لا يجوز أن يخص بالصدقة ولأن في الوقف العام يدخل فيه من غير شرط ولا يدخل في الوقف الخاص فدل على الفرق بينهما .

(فصل) ولا يجوز الوقف على من لا يملك كالعبد والحمل لأنه تمليك منجز فلم يصح على من لا يملك كالهبة والصدقة .

(فصل) ولا يصح الوقف على مجهول كالوقف على رجل غير معين والوقف على من يختاره فلان لأنه تمليك منجز فلم يصح فى مجهول كالبيع والهبة .

(الشرح) خبر عمر رضى الله عنه مضى تخريجه وبعض فقهاء ولما تكلم المصنف عن منع وقف غير المعين ناسب أن يردفه بحكم المشاع ، وبجوازه قال مالك والشافعى وأبو يوسف وأحمد ، وقال محمد بن الحسن : لا يصح ، وبناء على أصله فى أن القبض شرط ، وأن القبض لا يصح فى المشاع ، وخبر عمر هو أول وقف شرع فى الاسلام حيث لم يكن وقف فى الجاهلية .

وقال الشافعى رضى الله عنه إن هذا الوقف المعروف حقيقة شرعية لم تعرفه الجاهلية . وقيل إن أول وقف ما وقفه رسول الله صلى الله عليه وسلم من أموال مخيريق التى أوصى بها له فى السنة الثالثة .

(١) فى نسخ المذهب المتداولة الزيدى وصوابه الزبيرى . المطبعى

وصحح أصحابنا وقف المشاع وإن جهل قدر حصته أو صفتها ، لأن وقف عمر كان مشاعاً ، ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفزاً لجاز عليه مشاعاً كالبيع ، أو عرصه يجوز بيعها لجاز وقفها كالمفزة ، ولأن الوقف تحبب الأصل وتسبيل المنفعة ، وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المفز ، ولا نسلم اعتبار القبض .

إذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يوقف جزءاً من داره أو علويها أو سفليها . وكذلك إذا وقف داره على جهتين مختلفتين ، مثل أن يوقفها على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواهم ، لأنه إذا جاز وقف الجزء مفزاً جاز وقف الجزمين .

(فرع) إذا لم يكن الوقف على بر أو معروف فهو باطل ، وبيان ذلك أنه لا يصح إلا على ولده وأقاربه ورجل معين ، أو بناء المساجد والجسور والقناطر وكتب الفقه والعلم والقرآن والمقابر والسقايات ولا يصح على غير معين كرجل وامرأة ، لأن الوقف تملك للعين أو للمنفعة فلا يصح على غير معين كالبيع والإجارة ، ولا على معصية كبيت النار لعبادتها والبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل لأن ذلك معصية ، فإن هذه المواضع بنيت للكفر ، وهذه الكتب مبدلة منسوخة . ولذلك غضب النبي صلى الله عليه وسلم حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال : أفي شك أنت يا ابن الخطاب ؟ ، وفي رواية : أمتهم كون أنتم ؟ والله لو كان موسى حياً ما وسعه إلا اتباعي ، وفي رواية : ألم آت بها ببضاء نقية ؟ لو كان موسى أخى حياً ما وسعه إلا اتباعي ، فلو لا أن ذلك معصية ما غضب صلى الله عليه وسلم منه .

والوقف على قناديل البيعة أو معابد البوذيين أو دور الهندوك أو محافل البهائيين أو القاديانيين أو أي معبد يقوم على غير أصل الإسلام وخلوص الوجدانية من شوائب الزيف باطل .

وقال أحمد بن حنبل في نصارى وقفوا على البيعة ضياعاً كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى ، فلهم أخذها وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم .

وهذا هو مذهب الشافعي رضي الله عنه ولا نعلم فيه خلافاً ، ولأن مالا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمي كالوقف على غير معين .
فإن قيل : فقد قلنا إن أهل الكتاب إذا عقودوا عقوداً فاسدة وتقاضوا ثم أسلموا وترافعوا اليه لم تنقض ما فعلوه ، فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم ؟ قلنا الوقف ليس بعقد معاوضة ، وإنما هو إزالة للمالك في الموقوف على وجه القرية ، فإذا لم يقع صحيحاً لم يزل المالك فيبقى بحاله كالعنق ، وقد أفتى أحمد رضي الله عنه في نصراني أشهد في وصيته أن غلامه فلاناً يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر ، ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه ؟ قال هو حر ويرجع على الغلام بأجره خدمة مبلغة أربع سنين . وروى عنه قال : هو حر ساعة مات مولاه لأن هذه معصية .

وظاهر كلام المصنف التفرقة بين الذمي ومعابد الكفار ، حيث يقول : وإن وقف على ذمي جاز الخ . قلت هذا مبني على أصل أن الوقف لا يصح على من لا يملك ، كالوقف على القن وأم الولد والجن والملائكة ولأنه يجوز التصديق عليه أما الوقف على المرتد والحربي في صفوف الأعداء فوجهان . فمن جعله كالذمي أجاز الوقف عليه .

ومن قال إن القصد من الوقف نفع الموقوف عليه ونحن مأمورون بقتل المرتد والحربي ، وهذا أقصى درجات الحرمان وهو فقد الحياة ، فكيف يجوز إيصال المنفعة إليه ؟ ولأن أموال المرتدين والمحاربين مباحة في الأصل ، ويجوز أخذها بالقهر والغلبة ، فما يتجدد أهم أولى على أن الوقف لا يجوز أن يكون مباح الأخذ لأنه تحييس الأصل

وفارق أهل الذمة فإنه يصح الوقف عليهم لأنهم يملكون ملكاً محترماً ، ولأن صفيه أم المؤمنين وقفت على أخ لها يهودي ، ولأن من جاز أن يقف الذمي عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم ، ولو وقف على من ينزل كنائسهم وبيعتهم من المارة والمجتازين صح أيضاً لأن الوقف عليهم لا على الموضع

(فرع) لا يجوز أن يخص نفسه بالوقف وكذلك إذا جعله عاماً وجعل لنفسه شيئاً منه فإنه لا يجوز وقيل يجوز ، واستدل القائلون بجوازه ، ومنهم أبو عبد الله

الزبيرى وابن حجر العسقلانى فى فتح البارى بحديث بئر رومة ، وهو عن عثمان رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وابس بها ماء يستمذب غير بئر رومة فقال : من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها فى الجنة ، فاشتريتها من صلب مالى ، رواه النسائى والترمذى وقول : حديث حسن ، وفيه جواز انتفاع الواقف بوقفه .

وفى رواية للبخارى فى كتاب الصحابة من طريق بشر بن بشير الأسلمى عن أبيه أنها كانت لرجل من بنى غفار عين يقال لها رومة . وكان يبيع منها القربة بمد فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : تبيعنيها بعين فى الجنة ؟ فقال يا رسول الله ليس لى ولا اعمالى غيرها ، فبلغ ذلك عثمان فاشترها بخمسة وثلاثين ألف درهم . ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : أتجعل لى ما جعلت له ؟ قال نعم قال قد جعلتها للمسلمين . وللنسائى من طريق الأحنف عن عثمان قال : اجعلها سقاية للمسلمين وأجرها لك ، وزاد أيضا فى رواية من هذه الطريق أن عثمان قال ذلك وهو محصور وصدقه جماعة منهم على بن أبى طالب وطلحة والزبير وسعد بن أبى وقاص وفى قوله : فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين ، الدليل على جواز أن يجعل الواقف لنفسه نصيباً فى الوقف ، قالوا ويؤيده جعل عمر لمن ولى وقفه أن يأكل منه بالمعروف ، وظاهره عدم الفرق بين أن يكون هو الناظر أو غيره . هكذا قالوا . قال ابن حجر فى فتح البارى : ويستنبط منه صحة الوقف على النفس وهو قول ابن أبى ليلي وأبى يوسف وأحمد فى الأرجح عنه . وقال به ابن شعبان من المالكية ، وجمهورهم على المنع إلا إذا استثنى لنفسه شيئاً يسيراً بحيث لا يتم أنه قصد حرمان ورثته . ومن الشافعية أبو العباس بن مريج وطائفة . وصنف فيه محمد بن عبد الله الأنصارى شيخ البخارى جزءاً ضخماً ، واستدل له بقصة عمر هذه ، وبقصة ركب البدنة ، وبحديث أنس فى أنه صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها ، ووجه الاستدلال به أنه أخرجها عن ملكه بالعتق وردها إليه بالشرط . اهـ

وقد حكى جواز الوقف على النفس ابن شبرمة والزبيرى ، وعن الشافعى

ومحمد بن الحسن أنه لا يصح الوقف-- على النفس ، قالا لأنه تملك فلا يصح أن يملكه لنفسه من نفسه كالبيع والهبة ، واقره صلى الله عليه وسلم « سبيل الثرة ، وتسبيلها تملكها للغير .

قال ابن حجر : ووقف بأن امتناع ذلك غير مستحيل ، ومنعه تملكه لنفسه إنما هو لعدم الفائدة . والفائدة في الوقف-- حاصلة لأن استحقاقه إياه وقفا . اهـ قلت : وقد استدلل القائلون بصحة الوقف-- على النفس بحديث الرجل الذي قال للنبي صلى الله عليه وسلم « عندي دينار ، فقال تصدق به على نفسك ، رواه أبو داود والنسائي .

وقال ابن قدامة : قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله -- يعني أحمد بن حنبل -- يشترط في الوقف-- أني أنفق على نفسي وأهلي منه ؟ قال نعم . واحتج قال : سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه عن حجير المدري أن في صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنسكر . اهـ . ودليل المانعين وهم مالك والشافعي ومحمد بن الحسن أنه إزالة ملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة ، وكأ لو أعتق عبدا بشرط أن يخدمه ، ولأن ما ينفقه على نفسه مجهول ، فلم يصح اشتراطه كأ لو باع شيئا واشترط أن ينتفع به .

وقال النووي في المنهاج « ويصح على ذمي لا مرتد وحربي ونفسه في الأصح ، وقد فهم بعض الشراح كما يقول الرملي من هذا أن النووي صحح الوقف لنفسه ، والذي يتبادر إلى الفهم من كلام النووي أن عطف نفسه يرجع على المعطوف عليه وهو ذمي المقول بصحة الوقف عليه ، ولكن الرملي رحمه الله قال : لتعذر تملك الإنسان ملكه أو منافع ملكه لنفسه لأنه حاصل ، ويمتنع تحصيل الحاصل واختلاف الجهة ، إذ استحقاقه وقفاً غيره ملكا الذي نظر له مقابل الأصح . واختاره جمع ، ومنه أن يشترط نحو قضاء دينه بما وقفه ، أو انتفاعه به أو شربه منه أو مطالعته في الكتاب ، أو طبخه في القدر أو استعماله من بر أو كوز وقف ذلك على الفقراء فيبطل الوقف بذلك ، خلافا لبعض الشراح هنا ، وكأنه توهم جواز ذلك من قول عثمان في وقفه لبر رومة دلوى فيها كدلاء المسلمين .

قال : وليس بصحيح فقد أجابوا عنه بأنه لم يقل ذلك على سبيل الشرط ، بل الإخبار بأن للواقف الانتفاع بوقفه العام ، كالصلاة بمسجد وقفه والشرب من بئر وقفها . نعم ، لو شرط أن يضحي عنه صح أخذاً من قول الماوردي وغيره بصحة شرط أن يُحج عنه منه ، أي لأنه لا يرجع له من ذلك سوى الثواب وهو لا يضر ، بل هو المقصود من الوقف ، ولو وقف على الفقراء مثلاً ثم صار فقيراً أجاز له الأخذ منه . وكذا لو كان فقيراً حال الوقف ، كما في الكافي واعتمده السبكي وغيره ، ويصح شرطه النظر لنفسه ولو بمقابل إن كان بقدر أجره المثل فأقل كما قيده بذلك ابن الصلاح

ومن حيل الفقهاء الذين يمنعون الوقف بهذه الصورة أن ابن الرفعة وهو من كبار الفقهاء وقف على الأئمة من بني الرفعة ، فعنى بذلك نفسه ؛ أو يأتى آخر ويقف على أولاد أبيه الذين من صفاتهم كيت وكيت ويضفي صفات نفسه على المنتفع من الوقف فينصرف ذلك الى نفسه ، وقد صحح هذه الحيلة الرملي وقال : وهو الأوجه وإن خالف في الإسئوى وغيره تبعاً للغزالي والخوازمي فأبطلوه إن انحصرت الصفة فيه وإلا صح .

(فرع) إذا وقف على من لا يصح تملكه أو غير مؤهل للملك ، لأن الوقف تملك منفعة ، وضرب مثلاً بالعبد والحمل ، لأن الجنين لا يملك شيئاً ، كما لا يصح الوقف على مجهول أو معدوم كعلى مسجد سيئنى أو على ولده ولا ولد له أو على فقراء أولاده وليس فيهم فقير . ولا على عمارة المسجد إذا لم يبينه بموضعه ولا على ميت لأن الوقف تسليط في الحال بخلاف الوصية ، كما لا يصح الوقف على بهيمة مجهولة بأن أطاق بغير تعيين ، وقبل هو وقف على مالكها ، ومن ثم لا يصح على الوحوش ولا على الطيور المباحة ، ولو كانت معينة على نزاع في الجزم به .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولا يصح بشرط الخيار وبشرط أن

يرجع فيه إذا شاء أو يبيعه إذا احتاج أو يدخل فيه من شاء أو يخرج منه من شاء لأنه إخراج مال على وجه القرية فلم يصح مع هذه الشروط كالصدقة .
(فصل) ولا يجوز إلى مدة لأنه إخراج مال على وجه القرية فلم يجوز إلى مدة كالعق والصدقة

(الشرح) الأحكام : لا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة ، مثل أن يقول : إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو فرسى حبس ، أو إذا ولد لى ولد أو إذا قدم لى غائبى ونحو ذلك . ولا نعلم فى هذا خلافا ، لأنه نقل للملك فيها لم يبن على التغليب والسرابة ؛ فلم يجوز تعليقه بالموت ، وتعليقه بشرط فى الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا .

وإن علق انتهاءه على شرط نحو قوله : دارى وقف إلى سنة أو إلى أن يقدم الحاج لم يصح ، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة ، لأنه ينافى مقتضى الوقف ، فإن مقتضاه التأييد .

والوجه الآخر عندهم يصح لأنه منقطع الانتهاء فأشبهه ما لو وقفه على منقطع الانتهاء ، فإن حكمنا بصحته ههنا فحكمه حكم منقطع الانتهاء .

وإن شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لا نعلم فيه خلافا ، لأنه ينافى مقتضى الوقف . وبمحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة فى البيع ، وإن شرط الخيار فى الوقف ففسد . هكذا قال الشافعى ونص عليه أحمد

وقال أبو يوسف فى رواية عنه يصح : لأن الوقف تملك المنافع لحاز شرط الخيار فيه كالإجارة .

ولنا أنه شرط ينافى مقتضى العقد فلا يصح ، كما لو شرط أن له يبيعه متى شاء ، ولأنه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح الخيار فيه كالعق ، ولأنه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالمبة ، ويفارق الإجارة فإنها عقد معاوضة وهى نوع من البيع ، ولأن الخيار إذا دخل فى العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار

أو التصرف ، وهما لو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف ولم يمنع
النصرف فافترقا .

وإن شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء
من غيرهم ، لأنه شرط يناfi مقتضى الوقف فأفسده كما لو شرط أن لا ينتفع .
إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز أن يقول : وقفت هذا على الفقراء أو على مسجد
مثلا سنة مثلا ، وبطلانه من فساد صيغته ، إذ أن وضع الوقف على التأييد فإذا
جعله إلى مدة كان باطلا كالعتق والصدقة ، وسواء في ذلك طويل المدة وقصيرها
وقد بحث الأذرعى كما فعل الزركشى جوازه إذا وقفه على الفقراء ألف سنة أو
نحوها مما يبعد البقاء إليه ؛ كما تقرر أنه لا أثر لتوقيت الاستحقاق ، كقوله وقفته
على زيد سنة ثم على الفقراء ، أو إلا أن يولد لى ولد ، كما نقله البلقيني عن
الخوارزمي وجزم به ابن الصباغ وجرى عليه في الأنوار والله أعلم

قال المصنف-- رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز إلا على سبيل لا ينقطع ، وذلك من وجهين :
(أحدهما) أن يقف على من لا ينقرض كالفقراء والمجاهدين وطلبة العلم وما
أشبههما (والثاني) أن يقف-- على من ينقرض ثم من بعده على من لا ينقرض ؛
مثل أن يقف-- على رجل بعينه ، ثم على الفقراء أو على رجل ثم على عقبه ثم على
الفقراء ، فأما إذا وقف-- وقفاً منقطع الابتداء والانتفاء كالوقف-- على عبده أو
على ولده ولا ولد له فالوقف-- باطل لأن العبد لا يملك والولد الذي لم يخلق لا يملك
فلا يفيد الوقف-- عليهما شيئا .

وإن وقف-- وقفاً متصل الابتداء منقطع الانتفاء بأن وقف على رجل بعينه
ولم يزد عليه ، أو على رجل بعينه ثم على عقبه ولم يزد عليه ففيه قولان
(أحدهما) أن الوقف باطل ، لأن القصد بالوقف أن يتصل الثواب على
الدوام ، وهذا لا يوجد في هذا الوقف ، لأنه قد يموت الرجل وينقطع عقبه .
(والثاني) أنه يصح وبصرف بعد انقراض الموقوف عليه إلى أقرب الناس إلى
الواقف ؛ لأن مقتضى الوقف الثواب على التأييد ؛ فحمل فيها سماه على ما شرطه

وفيما سكت عنه على مقتضاه ، وبصير كأنه وقف مؤبد . ويقدم المسمى على غيره
فإذا انقضى المسمى صرف إلى أقرب الناس إلى الواقف ، لأنه من أعظم
جهات الثواب ، والدليل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا صدقة
وذو رحم محتاج .

وروى سليمان بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : صدقتك على
المساكين صدقة ، وعلى ذي الرحم اثنتان ، صدقة وصلة ، وهل يختص به فقراؤهم
أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء ؟ فيه قولان

(أحدهما) يختص به الفقراء ، لأن مصرف الصدقات إلى الفقراء .

(والثاني) يشترك فيه الفقراء والأغنياء : لأن في الوقف الغنى والفقير
سواء ، وإن وقف وقفاً منقطع الابتداء متصل الانتهاء بأن وقف على عبد ثم
على الفقراء ، أو على رجل غير معين ثم على الفقراء ، ففيه طريقان . من أصحابنا
من قال : يبطل قولاً واحداً لأن الأول باطل والثاني فرع لا أصل باطل
فيكون باطلاً . ومنهم من قال فيه قولان :

(أحدهما) أنه باطل لما ذكرناه (والثاني) أنه يصح لأنه لما بطل الأول صار
كان لم يكن . وصار الثاني أصلاً . فإذا قلنا إنه يصح فإن كان الأول لا يمكن
اعتبار انقراضه كرجل غير معين صرف إلى من بعده وهم الفقراء ، لأنه لا يمكن
اعتبار انقراضه فسقط حكمه ، وإن كان يمكن اعتبار انقراضه كالعبد ففيه ثلاثة
أوجه (أحدها) ينقل في الحال إلى من بعده ، لأن الذي وقف عليه في الابتداء
لم يصح الوقف عليه ، فصار كالمعدوم (والثاني) وهو المنصوص : أنه للواقف .
ثم لو أريد أنه لا ينقضى الموقوف عليه ، ثم يجعل لمن بعده لأنه لم يوجد شرط
الانتقال إلى الفقراء ، فبقي على ملكه .

(والثالث) أن يكون لا قرباء الواقف إلى أن ينقضى الموقوف عليه ثم
يجعل للفقراء ، لأنه لا يمكن تركه على الواقف . لأنه أزال المالك فيه ؛ ولا يمكن
أن يجعل للفقراء لأنه لم يوجد شرط الانتقال إليهم فكان أقرباء الواقف . أحق
وهل يختص به فقراؤهم ؟ أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء ؟ على ما ذكرنا
من القولين .

(فصل) وإن وقف وقفاً مطلقاً ولم يذكر سبيله ففيه قولان :
(أحدهما) أن الوقف باطل لأنه تملك فلا يصح مطلقاً ، كما لو قال : بعت
داري ووهبت مالي .

(والثاني) يصح وهو الصحيح لأنه إزالة ملك على وجه القرية فصح مطلقاً
كلاضحية ، فعلى هذا يكون حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع
الانتهاء ، وقد بيناه

(الشرح) الحديث الاول جزء من حديث طويل عن أبي هريرة أن رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال : والذي بعثني بالحق لا يعذب الله يوم القيامة من
رحم اليتيم ولأن له في الكلام ورحم يتمه وضعفه ولم يتناول على جاره بفضل
ما آتاه الله . وقال : يا أمة محمد والذي بعثني بالحق لا يقبل الله صدقة من رجل
وله قرابة محتاجون الى صلته ويصرفها الى غيرهم ، والذي نفى بيده لا ينظر الله
اليه يوم القيامة ، رواه الطبراني في الاوسط .

قال الهيثمي في مجمع الزوائد : وفيه عبد الله بن عامر الأسلمي ، وهو ضعيف .
وقال أبو حاتم ليس بالمروك . أما بقية رجاله فثقات .

أما حديث سلمان بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ : الصدقة على
المسلمين صدقة ، وهي على ذى الرحم ثنتان صدقة وصلة ، رواه أحمد وابن ماجه
والترمذي والنسائي وابن حبان والدارقطني والحاكم وحسنه الترمذي

أما الأحكام : فإنه لا يجوز إلا على سبيل مراد للتأيد لا للانقطاع ولا بتحقيق
هذا إلا إذا جعل وقفه لفئة أو طائفة لا تنقرض ، فإذا وقف على قوم ونسأهم
ثم على المساكين فانقرض القوم ونسأهم فلم يبق منهم أحد رجع الى المساكين ولم
ينقل اليهم مادام أحد من القوم أو من نسأهم باقياً ، لأنه رتبة للمساكين بعدهم
والمساكين من الزكاة والفقراء يدخلون فيهم . وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه
المساكين ، لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما ، والمعنى الذي يسميان به
شامل لهما وهو الحاجة والفاقة : ولهذا لما سمى الله عز وجل المساكين في مصرف
كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الأذى تناوَاهما جميعاً ، وجاز الصرف الى كل

واحد منهما . فإذا وقفه وقفاً متصل الابتداء منقطع الانتهاء ، كعلى رجل . أو رجل ونسله فقيه وجهان :

(أحدهما) البطلان لأنه منقطع . وهو لا يجوز إلا على الدوام .

(والثاني) أنه يجوز لإمكان صرفه إلى أقرب الناس إلى الواقف وإن كانوا أغنياء . وهذا هو أحد القولين عندنا وبه قال أحد أصحابه ، والثاني يقدم الفقراء منهم وأكثرهم حاجة .

ويحتمل أن يجوز الوقف ثلاثة أجزاء . الجزء يصرف إلى الغزاة في سبيل الله وجزء يصرف إلى أقرب الناس إليه من الفقراء لأنهم أكثر الجهات ثواباً ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم قال : صدقتك على ذى القرابة صدقة وصلة ، والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته . وهم خمسة أصناف لأنهم أهل حاجة منصوص عليهم في القرآن ، فكان من نص الله تعالى عليه في كتابه أولى من غيره وإن ساواه في الحاجة .

(فرع) سبق أن قررنا أن الوقف على من لا يملك باطل ، فإذا وقف وقفاً متصلاً غير منقطع في دوامه واستمراره إلا أنه منقطع في ابتدائه بأن وقفه على عبد أو جنين في بطن أمه على أن يؤول بعد ذلك إلى الفقراء فلا صحابته طريقتان ، الأولى يبطل لبطلان أوله قولاً واحداً . والثاني يصح لصحة استمراره ودوامه فيصير أوله كأن لم يكن ويصرف الوقف على وجهه الصحيح

وقد بحث الرملي في شرحه على المنهاج المسألة فقال : ولو قال وقفت على أولادى أو على زيد ثم نسله أو نحوهما مما لا يدوم ولم يزد على ذلك فالظاهر صحة الوقف ، لأن مقصوده القرابة والدوام ، فإذا بين مصرفه ابتداء سهل إدامته على سبيل الخير ، فإذا انقضى المذكور أو لم تعرفه أرباب الوقف فالظاهر أنه يبقى وقفاً ، لأن وضع الوقف الدوام كالمعق ، ولأنه صرفه عنه فلا يعود ، كما لو نذر هدياً إلى مكة فردّه فقراؤها .

(والثاني) يرتفع الوقف ويعود ملكاً للواقف أو إلى ورثته إن كان مات ، لأن بقاء الوقف بلا مصرف متعذر ، وإثبات مصرف لم يذكره الواقف بعيد

فتعين ارتفاعه ، والأظهر ما أفتى به الزين العراقي أن المراد بما في كتب الاوقاف
ثم الاقرب الى الواقف أو المتوفى قرب الدرجة والرحم لا قرب الإرث والعصوبة
فلا ترجيح بهما في مستويين في القرب من حيث الرحم والدرجة . ومن ثم قال
لا يرجع عم على حالة بل هما مستويان ويعتبر فيهم الفقر ، ولا يفضل الذكر على
غيره فيما يظهر . ولكن بالقرب الى الواقف ، لأن الصدقة على الأقارب أفضل
القربات ، فإذا تعذر الرد للواقف تعين أقربهم اليه ، لأن الأقارب بما حث
الشرع عليهم في جنس الوقف لخبر أبي طلحة : أرى أن تجعلها في الأقربين .
وبه فارق عدم تعيينهم في نحو الزكاة ، على أن هذه مصرفا عينه المارح بخلاف
الوقف ، ولو فقدت أقاربه أو كانوا كلهم أغنياء صرف الربيع المصالح المسلمين ،
كما نص عليه البويطي في الأولى ، أو إلى الفقراء والمساكين على ما قاله سليم
الرازي وابن الصباغ والمتولي وغيرهم ، أو قال : ليصرف من غلته لفلان كذا ،
وسكت عن باقيها فكذلك . وصرح في الأنوار بعدم اختصاصه بفقراء بلد
الوقف بخلاف الزكاة .

أما الإمام إذا وقف منقطع الآخر فيصرف للمصالح لا لأقاربه ، كما أفاده
الزركشي ، وهو ظاهر .

ولو كان الوقف منقطع الأول كوقفته على من سيولد لي ، أو على مسجد
سيبنى ثم على الفقراء مثلا فالمذهب بطلانه لتعذر الصرف اليه حالا ومن بعده رعه
والطريق الثاني فيه قولان : أحدهما الصحة ، وصححه المصنف في تصحيح التنبيه
ولو لم يذكر بعد الأول مصرفا بطل قطعا ، لأنه منقطع الأول والآخر . ولو
قال وقفت على أولادي ومن سيولد لي على ما أفصله ، ففصله على الموجودين
وجعل نصيب من مات منهم بلا عقب لمن سيولد له صح ، ولا يؤثر فيه قوله :
وقفت على أولادي ومن سيولد لي ، لأن التفصيل بعده بيان له ، أو كان الوقف
مقطوع الوسط كوقفته على أولادي ثم على رجل ، وأبهم لأنه لا يضر تردد في
صفة أو شرط أو مصرف دلت قرينة قبله أو بعده على تعيينه ، إذ لا يتحقق
الانقطاع الا مع الإبهام من كل وجه . ثم قال : ثم على الفقراء ، فالمذهب صحته
لوجود المصرف حالا وما لا .

ولو اقتصر على قوله : وقفت كذا ولم يذكر مصرفاً ، أو ذكر مصرفاً متعذراً
كوقفت كذا على جماعة فالأظهر بطلانه .

ولو وقف على شخصين ثم الفقراء . مثلاً فمات أحدهما فالأصح المنصوص أن
نصيبه يصرف إلى الآخر ، لأن شرط الانتقال إلى الفقراء انقراضهما جميعاً ولم
يوجدوا إذا امتنع الصرف اليهم فالصرف لمن ذكره الواقف أولى . والثاني :
يصرف إلى الفقراء كما يصرف اليهم إذا ماتا ، ومحل الخلاف ما لم يفصل ، وإلا
بان قال : وقفت على كل منهما نصف هذا فهما وقفان كما ذكره السبكي فلا يكون
نصيب الميت منهما الآخر انتقاله للأقرب إلى الواقف .

ولو وقفت عليهما وسكت عن مصرف له بعدها فهل نصيبه للآخر أو لأقرباء
الواقف ؟ وجهان أوجههما كما أفاده الرمي الأول وصححه الأذرعى . ولو رد
أحدهما أو بان ميتاً فالقياس على الأصح صرفه للآخر . ولو وقفت على زيد ثم
عمرو ثم بكر ثم للفقراء ، فمات عمرو وقبل زيد ثم مات زيد ، قال الماوردى والرويانى
لا شيء لبكر وينقل الوقف من زيد إلى الفقراء ، لأنه رتبته بعد عمرو ، وعمرو
بموته أولاً لم يستحق شيئاً فلم يحز أن يملك بكر عنه شيئاً .

وقال القاضى أبو الطيب : الأظهر أنه يصرف إلى بكر لأن استحقاق الفقراء
مشروط بانقراضه ، كما لو وقف على ولد ثم ولد ولده ثم الفقراء ، فمات ولد
الولد ثم الولد يرجع للفقراء .

ويوافقه فتوى البغوى فى مسألة حاصلها أنه إذا مات واحد من ذرية الواقف
فى وقف الترتيب قبل استحقاقه للوقف لحجبه بمن فوقه يشترك ولده من
بعده عند استحقاقه . قال الزركشى : وهذا هو الأقرب .

ولو وقف على أولاده فإذا انقرض أولادهم فعلى الفقراء ، فالأوجه كما صححه
الشيخ أبو حامد أنه منقطع الوسط ، لأن أولاد الأولاد لم يشترط لهم شيئاً وإنما
شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم .

واختار ابن أبى عمرو دخولهم ، وجعل ذكرهم قرينة على استحقاقهم وفيما
ذكرنا كله مذهب أحمد وأصحابه فى الأوجه والأقوال وطرق الترجيح
(فرع) إذا أطلق ولم يعين مصرف الوقف فالصحيح أنه يصح ، لأنه إزالة

ملك على وجه التقرب الى الله تعالى ، وما أطلق من كلام الأدميين محمول على المعمود في الشرع ، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع الانتهاء فيصرف الى أقرب الناس اليه ، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح الوقف الا بالقول ، فإن بنى مسجداً وصلى فيه أو أذن للناس بالصلاة فيه لم يصر وقفاً ، لانه إزالة ملك على وجه القرينة فلم يصح من غير قول مع القدرة كالعق ، وألفاظه ستة : وقفت . وحبست . وسبلت . وتصدقت وأبدت . وحرمت .

فأما الوقف والحبس والتسبيل فهي صريحة فيه ، لان الوقف موضوع له ومعروف به ، والتحبيس والتسبيل ثبت لهما عرف الشرع ، فإن النبي (ص) قال لعمر رضي الله عنه : حبس الأصل وسبل الثمرة ، وأما التصديق فهو كناية فيه لانه مشترك بين الوقف وصدقة التطوع فلم يصح الوقف بمجرد ، فإن اقترنت به نية الواقف أو لفظ من الألفاظ الخمسة بأن يقول : تصدقت به صدقة موقوفة أو محبوسة أو مسجلة أو مؤبدة أو محرمة ؛ أو حكم الوقف بأن يقول : صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث صار وقفاً ، لانه مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف ،

وأما قوله : حرمت وأبدت ففيه وجهان (أحدهما) أنه كناية فلا يصح به الوقف الا بإحدى القرائن التي ذكرنا ، لانه لم يثبت له عرف الشرع ولا عرف اللغة فلم يصح الوقف بمجرد كالتصدق (والثاني) أنه صريح لان التأيد والتحريم في غير الإيضاع لا يكون الا بالوقف فحمل عليه

(فصل) وإذا صح الوقف لزم وانقطع تصرف الواقف فيه ، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه : ان شئت حبست أصلها وتصدق بها لا تباع ولا توهب ولا تورث . ويحول ملكه عن العين .

ومن أصحابنا من خرج فيه قولاً آخر أنه لا يزول ملكه عن العين ، لان

الوقف حبس العين وتسبيل المنفعة ، وذلك لا بوجوب زوال الملك . والصحيح هو الأول ، لأنه سبب يزيل ملكه عن التصرف في العين والمنفعة فأزال الملك كالعق . واختلف أصحابنا فيمن ينتقل الملك اليه ، فمنهم من قال : ينتقل إلى الله تعالى قولاً واحداً ، لأنه حبس عين وتسبيل منفعة على وجه القرينة فأزال الملك إلى الله تعالى كالعق

ومنهم من قال فيه قولان (أحدهما) أنه ينتقل إلى الله تعالى وهو الصحيح لما ذكرنا (والثاني) أنه ينتقل إلى الموقوف عليه لأن ما أزال الملك عن العين لم يزل المالية تنقل إلى الأدمى كالصدقة

(فصل) ويملك الموقوف عليه غلة الوقف ، فإن كان الموقوف شجرة ملك ثمرتها وتجب عليه زكاتها ، لأنه يملكها ملكاً تاماً فوجب زكاتها عليه ، فإن كان حيواناً ملك صوفه ولبنه ، لأن ذلك من غلة الوقف وفوائده فهو كالثمرة ، وهل يملك ما تلده ؟ فيه وجهان (أحدهما) يملكه لأنه نماء الوقف فأشبهه الثمرة وكسب العبد (والثاني) أنه موقوف كالأم لأن كل حكم ثبت للأم يتبعها فيه الولد كحرمة الاستيلاد في أم الولد ، وإن كان جارية ملك مهرها لأنه بدل منفعتها ولا يملك وطأها ، لأن في أحد القولين لا يملكها ، وفي الثاني يملكها ملكاً ضعيفاً فلم يملك به الوطء ، فإن وطئها لم يلزمه الحد لأنه في أحد القولين يملكها ، وفي الثاني له شبهة ملك . وفي تزويجها وجهان

(أحدهما) لا يجوز ، لأنه ينقص قيمتها وربما تلفت من الولادة فيدخل الضرر على من بعده من أهل الوقف

(والثاني) يجوز لأنه عقد على منفعتها فأشبهه الإجارة . فإن قلنا إنها للموقوف عليه كان تزويجها اليه ، وإن قلنا إنها تنتقل إلى الله تعالى كان تزويجها إلى الحاكم كالحرمة التي لا ولي لها ولا يزوجها الحاكم إلا بإذن الموقوف عليه ، لأن له حقاً في منافعتها فلم يملك التصرف فيها بغير إذنه ، فإن أتت ولد مملوك كان الحكم فيه كالحكم فيها تلد البهيمة

(فصل) وإن أتلغه الواقف أو أجنبي فقد اختلف أصحابنا فيه على طريقتين فمنهم من قال يبني على القولين ، فإن قلنا أنه للموقوف عليه وجبت القيمة له لأنه

بدل ملكه ، وان قلنا : انه لله تعالى اشترى به مثله ليكون وقفاً مكانه . وقال الشيخ أبو حامد الاسفرايني : يشترى بها مثله ليكون وقفاً مكانه قولاً واحداً لأننا وان قلنا انه ينتقل الى الموقوف عليه الا أنه لا يملك الانتفاع برقبته ، وانما يملك الانتفاع بمنفعته ، ولأن في ذلك ابطال حق البطن الثاني من الوقف ، وان أتلفه الموقوف عليه — فإن قلنا انه اذا أتلفه غيره كانت القيمة له — لم تجب عليه ، لأنها تجب له ، وان قلنا يشترى بها ما يكون وقفاً مكانه أخذت القيمة منه واشترى بها ما يكون مكانه .

وان كان الوقف جارية فوطئها رجل بشبهة فأتت منه بولد ففي قيمة الولد ما ذكرناه من الطريقين في قيمة الوقف اذا أتلف ، وان كان الوقف عبداً فجنى جناية توجب المال لم يتعلق برقبته ، لأنها ليست بمحل للبيع ، فان قلنا انه للموقوف عليه وجب الضمان عليه . وان قلنا : انه لله تعالى ففيه ثلاثة أوجه . (أحدها) يلزم الواقف ، وهو قول أبي اسحاق وهو الصحيح ، لأنه منع من بيعه ولم يبيع به حالة يتعلق الارش بذمته فلزمه أن يفديه كأم الولد ! (والثاني) أنه يجب في بيت المال لأنه لا يمكن ايجابه على الواقف لأنه لا يملكه ولا على الموقوف عليه لأنه لا يملكه ، فلم يبق الا بيت المال ، والثالث أنه يجب في كسبه لأنه كان محله الرقبة ولا يمكن تعليقه عليها فتعاق بكسبه لأنه مستفاد من الرقبة ، ويجب أقل الامر من قيمته أو أرش الجناية لأنه لا يمكن بيعه كأم الولد .

(الشرح) خبر عمر معروف ومضى الكلام عليه وافيا ان شاء الله ، أما مقاصد الفصل ، فإن الوقف لا ينعقد الا بالقول لأنه طريقنا الى العلم براده كالتق ، وألفاظ الوقف ستة ، ثلاثة صريحة وثلاثة كناية ، فالصريحة وقفت وحبست وسبلت ؛ متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفاً من غير انضمام أمر زائد ، لأن هذه الألفاظ ثبت لها حكم الاستعمال عرفاً بين الناس وشرعاً بالاخبار الصحيحة بقول النبي صلى الله عليه وسلم لعمره ان شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها ، أو حبس الأصل وسبل الثمرة ، على أي من الروايتين فصارت هذه الألفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق

وأما الكناية فهي : تصدقت وحرمت وأبدت فلبست صريحة ، لأن لفظة الصدقة والتحريم مشتركة ، فإن الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات ، والتحريم يستعمل في الظهار والإيمان ، ويكون تحريماً على نفسه وعلى غيره ، والتأيد يحتمل تأييد التحريم وتأيد الوقف ، ولم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال ، فلا يحصل الوقف بمجرد كينايات الطلاق فيه . فإن انضم اليها أحد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها .

(أحدها) أن ينضم اليها لفظة أخرى تخلصها من الألفاظ الخمسة فيقول : صدقة محبوسة أو موقوفة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة ، أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبوسة أو مسبلة أو مؤبدة .

(الثاني) أن يصفها بصفات الوقف فيقول : صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث ، لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك .

(الثالث) أن ينوي الوقف فيكون على ما نوى ، إلا أن النية تجعله وقفاً في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما في الضمائر ، فإن اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره . وإن قال : ما أردت الوقف قال قول قوله لأنه أعلم بما نوى ، قال في النهاية : ولا يصح الوقف من ناطق لا يحسن الكتابة إلا بلفظ . أما الآخرس فيصح بإشارته . وأما الكاتب فيكتابه مع النية . فلو أنه بنى مسجداً وأذن فيه وصلى فيه ، أو مقبرة وأذن في الدفن فيها ، فذهب الشافعي لا يكون ذلك وقفاً إلا إذا اقترن باللفظ صريحاً أو كناية مقترنة بما يزيل لبسها . وقال أحمد في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن دخل بيتاً في المسجد وأذن فيه : لم يرجع فيه ، وكذلك إذا اتخذ المقابر وأذن للناس فيها فليس له الرجوع . وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه .

وذكر ابن قدامة رواية أخرى عن أحمد أنه لا يهير وقفاً إلا بالقول ، وقد اجتهد ابن قدامة في الجمع بين الروایتين وجعلهما قولاً واحداً وهو الأخذ باللفظ ، فإذا ثبت هذا فإنه متى صح وقفه فقد زالت يده عنه زوال مالك وانقطع بذلك تصرفه . فإذا قلنا بزوال ملكه عن العين وهو الصحيح من المذهب وبه قال

أحمد وأصحابه ، فهل ينتقل الملك إلى الموقوف عليهم؟ فن أصحابنا من قال : ينتقل الملك إلى الموقوف عليهم ، وهو ظاهر مذهب أحمد حيث يقول : إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم . وهذا يدل على أنهم مملوكوه . وروى عن أحمد أنه لا يملك ، فإن جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز ، لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة ، وإنما ينتفعون بغلتها ، وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون ، ويحتمل أن يريد بقوله : لا يملكون ، أي لا يملكون التصرف في الرقبة ، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف

وقال أبو حنيفة : لا ينتقل الملك في الوقف اللازم ، بل يكون حقا لله تعالى لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية بتمليك المنفعة ، فانتقل الملك إلى الله تعالى كالعتق . وبهذا قال بعض أصحابنا ، وهو الصحيح من المذهب عندنا . والقول الآخر أن الوقف سبب يزيل ملك الواقف وجهه إلى من يصح تمليكه على وجه لا يخرج المال عن ماله فوجب أن ينقل الملك إليه كالمبيع ولا أنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى ولم يزل الواقف عنه كالعارية . ويفارق العتق فإنه أخرجه عن ماله ، وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك كام الولد ، على أن الاظهر أن الملك في رقبة الموقوف ينتقل إلى الله تعالى فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه .

على أن الذي لا نزاع فيه أن الموقوف عليه يملك غلة الوقف ومنفعة لأن ذلك مقصوده ، والمنفعة يستوفيها بنفسه وبغيره بأجرة وإجارة إن كان ناظرا . والا امتنع عليه نحو الإجارة لتعلقها بالنظر أو نائبه وذلك كسائر الاملاك ، ومحل أن لم بشرط ما يخالف ذلك . ولو خربت ولم يعمرها الموقوف عليه أجرت للضرورة بما تعمر به ، إذ الفرض أنه ليس للوقف ما يعمر به سوى الأجرة المعجلة ، وذكر ابن الرفعة أنه يلزم الموقوف عليه ما نقصه الانتفاع من عين الموقوف .

ورجح السبكي أنه إن وقف أرضا غير مغروسة على معين امتنع عليه غرسها إلا إذا نص الواقف عليه أو شرط له جميع الانتفاعات ، ومثل الغرس البناء ،

ولا يبني ما كان مفروسا وعكسه . وضابطه أنه يمتنع كل ما غير الوقف بالكلية عن اسمه الذي كان عليه حال الوقف ، بخلاف ما يبقى الاسم معه ، نعم إن تعذر المشروط جاز إبداله ، وأفنى الولي العراقى في علو وقف أراد الناظر هدم واجهته وإخراج رواش له في هواء الشارع بامتناع ذلك إن كانت الواجهة صحيحة أو غيرها وأضر بجدار الوقف . وإلا جاز بشرط أن لا يصرف عليه من ريع الوقف إلا ما يصرف في إعادته على ما كان عليه وما زاد في ماله ، وإنما لم تمتنع الزيادة مطلقا لأنها لا تغير معالم الوقف ، ويملك الأجرة لأنها بدل المنافع المملوكة له ، وقضيته أنه يعطى جميع الأجرة الممثلة ، ولو لمدة لا يحتمل بقاءه إلى انقضائها ، كما مر في الإجارة ، ويملك فوائد الموقوف كثمرة . ومن ثم لم يملكه زكاتها ، وهو قول مالك والشافعى وأحمد .

وروى عن طاوس ومكحول أنه لا زكاة فيه لأن الأرض ليست مملوكة لهم فلم تجب الزكاة في الخارج منها عليهم كالمساكين . على أن الثمرة الموجودة حال الوقف للواقف إن كانت مؤجرة ، وإلا فقولان أرجحهما أنها موقوفة كالحمل المقارن . وذكر القاضى في فتاواه أنه لو مات الموقوف عليه وقد برزت ثمرة النخل فهي ملكه ، أو وقد حملت الموقوفة فالحمل له ، أو قد زرعت الأرض فالزرع لدى البذر ، فإن كان البذر له فهو لورثته ولمن بعده أجرة بقاءه في الأرض وأفنى جمع من المتأخرين في نخل وقف مع أرضه ثم حدث منه ودى بأن تلك الودية الخارجة من أصل النخل جزء منها فلها حكم أغصانها ، وسبقهم لنحو ذلك السبكي فإنه أفنى في أرض وقف وبها شجر موز فزالت بعد أن نبت من أصولها فراخ ، وفي السنة الثانية كذلك وهكذا بأن الوقف ينسحب على كل ما نبت من تلك الفراخ المتكررة من غير احتياج إلى إنشائه .

ولو ماتت البهيمة اختص بجلدها لكونه أولى به من غيره ومحلها ما لم يبيع ولو بنفسه وإلا عاد وقفها ، وله مهر الجارية الموقوفة عليه بكراً أو ثيباً إذا وطئت من غير الموقوف عليه بشبهة منها ، كأن كانت مكرهة أو مطاوعة لا يعتد بفعالها لصغر أو اعتقاد حل وعذرت أو نكاح — إن صححتاه — لأنه عقد على منفعة فلم يمنع الوقف كالإجارة . وكذا إن لم نصححه لأنه وطء شبهة هنا أيضا .

والمزوج لها الحاكم بإذن الموقوف عليه ، ومن ثم لو وقفت عليه زوجته انفسخ نكاحه ، وخرج بالمهر أرش البكارة فهو كآرش طرفها ، ولا يحل للواقف ولا الموقوف عليه وطؤها ويحد الأول به كما حكى عن الأصحاب . قال الرملي : وكذا الثاني كما رجحناه هنا — وهو المعتمد — أما المطاوعة إذا زنى بها وهي هبة فلا مهر لها .

قال النووي في المنهاج : والمذهب أنه لا يملك قيمة العبد إذا أتلف . ومعنى هذا أن الموقوف عليه لا يملك قيمة الموقوف إذا أتلف من واقف أو أجنبي أو موقوف عليه تعدى باستعماله في غير ما وقف له أو أتلف تحت يد ضامنة له . أما إذا لم يتعد باتلاف الموقوف عليه فلا يكون ضامناً ، كما لو وقع منه صنوبر على حوض سبيل فأنكسر من غير تقصير ، وفي حال التعدى يشتري الحاكم أو الناظر في الوقف بقيمة التالف بدله . ولا بد من إنشاء وقفه من جهة مشترية فيتعين أحد الغاظ الوقف المارة .

قال الرملي : وقول القاضي أقمته مقامه محل نظر ، وفارق هذا صيرورة القيمة رهناً في ذمة الجاني بأنه يصح رهنها دون وقفها ، وعدم اشتراط جعل بدل الاضحية اضحية إذا اشترى بعين القيمة أو في الذمة ، ونوى بأن القيمة هناك ملك الفقراء والمشتري نائب عنهم ، فوقع الشراء لهم بالعين أو مع النية . وأما القيمة هنا فليست ملك أحد فاحتيج لإنشاء وقف ما يشتري بها حتى ينتقل إلى الله تعالى ، ولا يجوز شراء شيء مكان ذكر إذا كان الموقوف ذكراً ، كما لا يجوز أن يشتري صغيراً مكان كبير إذا كان الموقوف كبيراً وعكسه ، لأن الغرض يختلف بذلك وما فضل من القيمة يشتري به شقص بخلاف نظيره الذي سيأتي في الوصية إن شاء الله تعالى لتعذر الرقبة المصريح بها فيها .

فإن لم يمكن شراء شقص بالفاضل صرف للموقوف عليه فيما يظهر ، كما مر نظيره ، بل لنا وجه بصرف جميع ما أوجبه الجناية إليه . ولو أوجبت قوداً استوفاه الحاكم ، فإن تعذر شراء بدل الموقوف بها فبعض بدله يشتري بها لكونه أقرب إلى مقصوده كنظيره من الاضحية على الراجح

ووجه الخلاف أن الشقص من حيث هو يقبل الوقف بخلاف الاضحية ،

ولو جن الموقوف جنايته أوجب قصاصا أقتص منه وقت الوقف ، أو قصاصا
أو مالا وعنى على المال فداء الواقف بأقل الأمرين . وله إن تكررت الجناية
حكم أم الولد في عدم تكرار الفداء وسائر أحكامها ، فان مات الواقف ثم جن
الموقوف فن بيت المال كالحرم المعسر ، كما أفنى بذلك الشهاب الرملي . ولو مات
الجاني بعد الجناية لم يسقط الفداء . هكذا أفاده الشمس الرملي

ولو جفت الشجرة الموقوفة أو قلعها ريح أو زمنت الدابة لم ينقطع الوقف
على المذهب ، وإن امتنع وقفها ابتداء لقوة الدوام ، بل ينتفع بها جذعا باجارة
وغيرها ، ويحتمل أن تباع لتعذر الانتفاع بها على وفق شرط الواقف والثمن
الذي بيعت به على هذا الوجه ، كقيمة العبد ، فيأتي فيه ما مر ، فلو لم يكن
الانتفاع بها إلا باستهلاكها بإحراق ونحوه صارت ملكا للموقوف عليه كما صححه
ابن الرفعة والقمولى وجرى عليه ابن المقرئ في روضه ليكنها لا تباع ولا توهب
بل ينتفع بعينها كأم الولد ولحم الاضحية

فاذا ثبت هذا فانها لا تصير ملكا لأن معنى عوده ملكا أنه ينتفع به ولو باستهلاك
عينه كالإحراق . ومعنى عدم بطلان الوقف الذي قررناه أنه مادام باقيا لا يفعل
به ما يفعل بسائر الاملاك من بيع ونحوه

قال النووي : والأصح جواز بيع حصر المسجد إذا بايت وجذوعه إذا
انكسرت ولم تصلح إلا للإحراق اهـ . وذلك لثلا تضييع وإدراك اليسير من ثمنها
يعود على الوقف أولى من ضياعها ، واستثنيت من بيع الوقف لصيرورتها
كالمعدومة وبصرف ثمنها لمصالح المسجد ان لم يمكن شراء حصير أو جذع . والله
تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وتصرف الغلة على شرط الواقف من الاثارة والتسوية والتفضيل
والتقديم والتأخير والجمع والترتيب ، وادخال من شاء بصفه وإخراج بصفه ،
لأن الصحابة رضي الله عنهم وقفوا وكتبوا شروطهم ، فكتب عمر بن الخطاب
رضي الله عنه صدقة للسائل والمحروم ، والضيف ولذي القربى وابن السبيل ،

وفي سبيل الله ، وكتب على كرم الله وجهه بصدقته ، ابتغاء مرضاة الله ليولجني الجنة ، ويصرف النار عن وجهي ويصرفني عن النار ، في سبيل الله وذو الرحم والقريب والبعيد ، لا يساع ولا يورث ، وكتبت فاطمة رضي الله عنها بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم : لفساء رسول الله صلى الله عليه وسلم وفقراء بني هاشم وبني المطلب ،

(فصل) فإن قال وقفت على أولادى دخل فيه الذكر والانثى والخنى ، لأن الجميع أولاده ، ولا يدخل فيه ولد الولد ، لأن ولده حقيقة ولده من صلبه ، فإن كان له حمل لم يدخل فيه حتى ينفصل ، فإذا انفصل استحق ما يحدث من الغله بعد الانفصال دون ما كان حدث قبل الانفصال ، لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولداً ؛ وإن وقف على ولده وله ولد فنفاه باللعان لم يدخل فيه .

وقال أبو إسحاق يدخل فيه لأن اللعان يسقط النسب في حق الزوج ، ولا يتعلق به حكم سواه ، ولهذا تنقضى به العدة ، والمذهب الأول لأن الوقف على ولده وباللعان قد بان أنه ليس بولده ، فلم يدخل فيه ، وإن وقف على أولاد أولاده دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات ، لأن الجميع أولاد أولاده ، فإن قال على نسلي أو عقبى أو ذريتى دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات ، قربوا أو بعدوا ؛ لأن الجميع من نسله وعقبه وذريته ، ولهذا قال الله تعالى (ومن ذريته داود وسليمان وإيوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزي المحسنين ، وذكر يا ويحيى وعيسى) فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد ، وجعل عيسى من ذريته وهو ينسب إليه بالام ، فإن وقف على عترته فقد قال ابن الأعرابي ومطلب هم ذريته . وقال القتيبي : هم عشيرته .

وإن وقف على من ينسب إليه لم يدخل فيه أولاد البنات ، لأنهم لا ينسبون إليه . ولهذا قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا ، وبنائنا بنوهم أبناء الرجال الأجانب

وإن وقف على البنين لم يدخل فيه الخنى المشكل ، لأننا لا نعلم أنه من البنين فإن وقف على البنات لم يدخل فيه ، لأننا لا نعلم أنه من البنات ، فإن وقف على

البنين والبنات ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يدخل فيه ، لأنه ليس من البنين ولا من البنات (والثاني) أنه يدخل لأنه لا يخلو من أن يكون ابنا أو بنتا . وإن أشكل علينا — فإن وقف — على بن زيد — لم يدخل فيه بناته ، فإن وقف على بن تميم وقلنا إن الوقف صحيح ففيه وجهان (أحدهما) لا يدخل فيه البنات لأن البنين اسم للذكور حقيقة (والثاني) يدخل فيه ، لأنه إذا أطلق اسم القبيلة دخل فيه كل من ينسب اليها من الرجال والنساء .

(فصل) وإن قال وقفت على أولادى فإن انقرض أولادى وأولاد أولادى فعلى الفقهاء لم يدخل فيه ولد الولد ويكون هذا وقفا منقطع الوسط فيكون على قوانين كالوقف المنقطع الانتفاء . ومن أصحابنا من قال يدخل فيه أولاد الأولاد بعد انقرض ولد الصلب لأنه لما شرط انقراضهم دل على أنهم مستحقون كولد الصلب ؛ والصحيح هو الأول ، لأنه لم بشرط شيئا ، وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم .

(الشرح) قوله الأثرية وهى أن يخص قوما دون قوم ، مثل أن يقف على أولاده فيخصص الذكور دون الإناث أو العكس . وأما التقديم والتأخير فيتحقق بأمرين بالمفاضلة ، مثل أن يقول وقفت على أولادى للذكر مثل حظ الأنثيين أو على أن للأنثى الثلثين والذكر الثلث مثلا . والثاني أن يقول على أن البطن الأعلى يقدم على البطن الثاني .

وأما التسوية فإن يسوى بين الغنى والفقر أو بين الذكور والإناث والإطلاق ، يقتضى ذلك . وأما إخراج من شاء بصفة فمثل أن يقول وقفت على أولادى على أن من اشتغلت بمثلته فلا حق لها ، أو من استغنى من أولادى فلا حق له فيه ، ويمكن أن يقول : إذا رجعت عن التمثيل أو افتقر فيرد إليه .

وأما كتاب عمر رضى الله عنه فقد أخرجه أبو داود ، ولفظه حدثنا سليمان المهرى قال : أخبرنا ابن وهب قال : أخبرني الليث عن يحيى بن سعيد عن صدقة عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : نسخها لى عبد الحميد بن عبد الله بن عبد الله ابن عمر بن الخطاب :

بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما كتب عبد الله عمر في ثمنع : فقصر من خبره
 نحو حديث نافع قال : غير متائل مالا ، فما عفا عنه من ثمره فهو للسائل والمحروم
 قال وساق القصة قال : وإن شاء ولي ثمنع اشترى من ثمره رقيقاً لعمله
 وكتب معيقب ، وشهد عبد الله بن الأرقم . بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما أوصى
 به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث ، أن ثمنعاً وصرمة بن الأكرع
 والعبد الذي فيه : والمائة سهم التي بخير ، ورقيقه الذي فيه ، والمائة التي أطعمه
 محمد صلى الله عليه وسلم بالوادي ، تليه حفصة ما عاشت ، ثم يليه ذو الرأي من
 أهلها أن لا يباع ولا يشتري ، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذو القربى
 ولا حرج على من يليه إن أكل أو آكل أو اشترى رقيقاً منه ،
 وبعد ، فإن هذا الفصل يشتمل على أحكام نبحثها مستعينين بالله مستمدين منه
 التوفيق والسداد فنقول :

إذا وقف على ولده لا يدخل فيه ولد الولد بحال ؛ سواء في ذلك ولد البنين
 وولد البنات ؛ لأن الولد حقيقة وعرفاً إنما هو ولده لصلبه ، وإنما يسمى واد
 الولد ولداً مجازاً ، ولهذا يصح نفيه . فيقال ما هذا ولدي إنما هو ولد ولدي .
 وإن قال على ولدي لصلبي فهو آكد . وإن قال على ولدي وولد ولدي ثم على
 المساكين ، دخل فيه البطن الأول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث . وإن قال
 على وادي وولد ولدي وولد ولد ولدي دخل فيه ثلاث بطون دون من بعدهم ،
 وموضع الخلاف الإطلاق .

فأما مع وجود دلالة تصرف إلى أحد المحملين فإنه يصرف إليه بغير خلاف
 كأن يقول : على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف إلى
 أولاد الأولاد باتفاق .

وكذلك إن قال : على أولادي أو ولدي وليس له ولد من صلبه ، أو قال
 ويفضل واد الأكبر أو الأعلم على غيرهم . أو قال : فإذا خلت الأرض من عقبى
 عاد إلى المساكين . وإن اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصلبه بالوقف
 مثل أن يقول : على ولدي لصلبي أو الذين يولوني ونحو هذا فإنه يختص بالبطن
 الأول دون غيرهم .

وقال احمد في رواية المروذي ، قلت لابي عبد الله ما تقول في رجل وقف ضيعة على ولده فمات الاولاد وتركوا النسوة - وامل ؟ فقال كل ما كان من اولاد الذكور بنات كن أو بنين فالضيعة موقوفة عليهم ، وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شيء . لأنهم من رجل آخر .

وقال أيضا فيمن وقف على ولد علي بن اسماعيل ولم يقل إن مات ولد علي ابن اسماعيل دفع إلى ولد ولده ، فمات ولد علي بن اسماعيل : دفع إلى ولد ولده أيضا لأن هذا من ولد علي بن اسماعيل ، ووجه ذلك قوله تعالى : يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فدحل فيه ولد البنين وان سفلوا ، ولما قال : ولا يوريه ليل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ، فتناول ولد البنين ، وخالف القاضي وأصحابه من الحنابلة ووافقوا مذهب الشافعي رضي الله عنه فيهما .

(فرع) إذا قال وقفت هذا علي ولدي وولد ولدي ماتناسلوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى أو الأقرب فالأقرب أو الأول فالأول أو البطن الأول ثم البطن الثاني أو قال علي أولادي ثم علي أولاد أولادي ، أو قال علي أولادي فان انقرضوا فعلى أولاد أولادي ، فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط ، ولا يستحق البطن الثاني شيئا حتى ينقرض البطن كله ، ولو بقي واحد من البطن الأول كان الجميع له ، لأن الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه

فان قال علي أولادي وأولادهم ماتناسلوا وتعاقبوا علي أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً علي ولده ، كان ذلك دليلاً على الترتيب ، لأنه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية ، ولو جعلنا لولد سهماً مثل سهم أبيه ثم دفعنا إليه سهم أبيه صار له سهمان واخيره سهم ، وهذا يناقض التسوية ، ولأنه يفضي إلى تفضيل ولد الابن على الابن ، وهذا يخالف إرادة الواقف

فان قال وقفت على ولدي وولد ولدي ثم علي أولادهم ، أو علي أولادي ثم علي أولاد أولادي وأولادهم ماتناسلوا : أو قال علي أولادي وأولاد أولادي ثم علي أولاد أولادهم ماتناسلوا فهو على ما قال ، يشترك فيه من شرك بينهم بواو العطف المقتضية للاشتراك بين ما بعدها في الحكم مع ما قبلها

ففي الصورة الأولى يشترك الولد وولد الولد ثم إذا انقرضوا صار لمن بعدهم
وفي الثانية يختص به الولد ، فإذا انقرضوا صار مشتركاً بين من بعدهم ، وفي الثالثة
يشترك فيه البطنان الأولان دون غيرهم ، فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم .
ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لم يستحق شيئاً قبل انفصاله لأنه
لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله .

ويروى عن جعفر بن محمد فيمن وقف نخلاً على قوم وما توالدوا ثم ولد
مولود ، فإن كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء ، وإن لم تكن قد أبرت فهو
معه . وهذا الحكم راجع إلى اتباع الأصل في البيع ، وهذا الموجود يستحق
نصيبه من الأصل ، وبعد التأخير لا تتبع الأصل ، ويستحقها من كان له الأصل
فكانت الموجود قبل التأخير لأن الأصل كان له فاستحق ثمرته ، كما لو باع هذا
النصيب منها ، ولم يستحق المولود منها شيئاً كالمشترى . وهذا الحكم في سائر ثمر
الشجر الظاهر ، فإن المولود لا يستحق منه شيئاً ويستحق بما ظهر بعد ولادته .

(فرع) إذا وقف على قوم وأولادهم وذريتهم دخل في الوقف ولد البنين
بغير خلاف نعلمه . فأما ولد البنات فمذهب الشافعي رضي الله عنه أنهم يدخلون
وقال الحنفي من أصحاب أحمد : لا يدخلون . وقال أحمد فيمن وقف على ولده
ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء .

قال ابن قدامة : وهذا النص يحتمل أن يعدى إلى هذه المسألة ويحتمل أن
يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده .

ومن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده
مالك ومحمد بن الحسن . وهكذا إذا قال : على ذريتهم أو نسلهم أو عقبهم ، وقال
أبو بكر وعبد الله بن حامد من الحنابلة : يدخل فيه ولد البنات ، وهو مذهب
أبي يوسف ، لأن البنات أولاده ، فأولادهن أولاد حقيقة ، فيجب أن يدخلوا
في الوقت لتناول اللفظ لهم .

وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى (ونوحاً هدينا من قبل ، ومن ذريته
داود وسليمان — إلى قوله تعالى — وعيسى) وهو من ولد بنته فجعله من ذريته
وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وإبراهيم وموسى وإسماعيل وإدريس ثم قال

(أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم ومن حملنا مع نوح ومن ذرية إبراهيم وإسرائيل) وعيسى فيهم . وقال النبي (ص) على المنبر : إن ابني هذا سيد يصلح الله على يديه بين فئتين عظيمتين من المسلمين ، يعني الحسن بن علي رواه أحمد والبخاري والترمذي عن أبي بكرة رضى الله عنه .

وعن أنس قال : بلغ صفية أن حفصة قالت : بنت يهودى فبكت فدخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم وهي تبكي وقالت : قالت لي حفصة : أنت ابنة يهودى . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إنك لابنة نبي ، وإن عمك لني وإنك لتحت نبي فم تفتخر عليك ؟ ثم قال : اتقى الله يا حفصة ، رواه أحمد والترمذي وصححه والنسائي . وفي حديث عن أسامة بن زيد أن النبي (ص) قال لعلي : وأما أنت يا علي فمختني وأبو ولدي ، رواه أحمد

وعن أسامة بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال — وحسن وحسين علي وركيه — هذان إبنائي وإبنا ابنتي ، اللهم إني أحبهما فأحبهما وأحب من يحبهما ، رواه الترمذي وقال : حديث حسن غريب . وأخرج نحوه الترمذي من حديث البراء بن عازب بدون قوله : هذان إبنائي ولفظه : ابصر حسناً وحسيناً فقال : اللهم إني أحبهما فأحبهما ، وللشيعين من حديث البراء أيضاً بنحوه

ولما قال الله تعالى : وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم ، دخل التحريم حلائل أبناء البنات ، ولما حرم الله تعالى البنات دخل في التحريم بناتهن ، فإن وقف على عترة فقد قال في المصباح : العترة نسل الإنسان ، قال الأزهري : وروى ثعلب عن ابن الأعرابي أن العترة ولد الرجل وذريته وعقبه من صلبه . ولا تعرف العرب من العترة غير ذلك ، ويقال : رهطه الأذنون ، ويقال : أقرباؤه . ومنه قول أبي بكر رضى الله عنه : نحن عترة رسول الله (ص) التي خرج منها ، وبيضته التي تفقات عنه . وعليه قول ابن السكيت : العترة والرهط بمعنى . وrehط الرجل قومه وقبيلته الأقربون .

وان وقف على من ينسب إليه لم يدخل فيه أولاد البنات لأنهم لا ينسبون إليه . قال الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباة

وقد أورد المصنف البيت بإبدال القافية والمحفوظ هو ما أثبتناه
 (فرع) لا يدخل الولد المنفى بلعان إلا أن يستلحقه فيستحق حينئذ من
 الربيع الحاصل قبل استلحاقه وبعده حتى يرجع بما يخصه في مدة النفي وينتفى الولد
 بقوله : أشهد بالله لقد زنت وما هذا ولدى ، فينتفى بلعان الزوج وحده خلافاً
 للحنابلة ، فإنهم لا يعتبرون نفى الزوج وحده ، وإنما يعتبرون النفي بالله إن التام ،
 وهو أن يوجد اللعان بينهما جميعاً فلا ينتفى بلعان الزوج وحده . والله تعالى أعلم
 قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته ، فإن كان
 للواقف أب يعرف به وينسب إليه دخل في وقفه كل من ينسب إلى ذلك الأب
 ولا يدخل فيه من ينسب إلى أخى الأب أو أبيه ؛ فإن وقف الشافعى رحمه الله
 لأقاربه دخل فيه كل من ينسب إلى شافع بن السائب لأنهم يعرفون بقرابته ،
 ولا يدخل فيه من ينسب إلى على وعباس بن السائب ولا من ينسب إلى السائب
 لأنهم لا يعرفون بقرابته ، ويستوى فيه من قرب وبعد من أقاربه ، ويستوى
 فيه الذكر والأنثى لتساوى الجميع في القرابة ، فإن حدث قريب بعد الوقف دخل
 فيه . وذكر البويطى أنه لا يدخل فيه ، وهذا غلط من البويطى لأنه لا خلاف
 أنه إذا وقف على أولاده دخل فيه من يحدث من أولاده .

(فصل) وان وقف على أقرب الناس إليه ولم يكن له أبوان صرف إلى
 الولد ذكر أ كان أو أنثى لأنه أقرب من غيره ، لأنه جزء منه ، فإن لم يكن له ولد
 قالى ولد الوالد من البنين والبنات ، فإن لم يكن ولد ولا ولد واد وله أحد الابوين
 صرف إليه لأنهما أقرب من غيرهما ، فإن اجتماعاً استويا ، فإن لم يكون صرف
 إلى أبيهما الأقرب فالأقرب ، فإن كان له أب وابن ففيه وجهان
 (أحدهما) أنهما سواء لأنهما في درجة واحدة في القرب

(والثاني) يقدم الابن لأنه أقوى تعصياً من الأب ، فإن قلنا أنهما سواء قدم
 الأب على ابن الابن لأنه أقرب منه ؛ وإن قلنا يقدم الابن قدم ابن الابن على
 الأب لأنه أقوى تعصياً منه ، فإن لم يكن أبوان ولا ولد وله اخوة صرف إليهم

لأنهم أقرب من غيرهم ، فإن اجتمع أخ من أب وأخ من أم استويا ، وإن كان أحدهما من الأب والأم والآخر من أحدهما قدم الذي من الأب والأم لأنه أقرب ، فإن لم يكن إخوة صرف إلى بنى الإخوة على ترتيب آبائهم . فإن كان له جد وأخ ففيه قولان

(أحدهما) أنهما سواء لتساويهما في القرب ، ولهذا سويتا بينهما في الارث .
(والثاني) يقدم الاخ لأن تعصيبه تعصيب الأولاد ، فإذا قلنا إنهما سواء قدم الجد على ابن الاخ ، وإن قلنا يقدم الاخ فإن الاخ وإن سفل أولى من الجد ، فإن لم يكن إخوة وله أعمام صرف إليهم ثم إلى أولادهم على ترتيب الاخوة وأولادهم ، فإن كان له عم وأبو جد فعلى القولين في الجد والاخ ، وإن كان له عم وخال أو عمة وخاله أو ولدهما فهما سواء ، فإن كان له جدتان إحداها تدلى بقرابتين والاخرى بقرابة ، فالتى تدلى بقرابتين أولى لأنها أقرب ، ومن أصحابنا من قال :
إن قلنا ان السدس بينهما في الميراث استويا في الوقف

(فصل) وإن وقف على جماعة من أقرب الناس إليه صرف إلى ثلاثه من أقرب الاقارب ، فإن وجد بعض الثلاثة في درجة والباقي في درجة أبعد استوفى ما أمكن من العدد من الاقرب وتم الباقي من الدرجة الابعد ، لأنه شرط الأقرب والعدد فوجب اعتبارهما .

(فصل) وإن وقف على مواليه وله مولى من أعلى ومولى من أسفل ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يصرف إليهما لأن الاسم يتناولهما (والثاني) يصرف إلى المولى من أعلى ، لأن له مزية بالعتق والتعصيب (والثالث) أن الوقف باطل لأنه ليس حمله على أحدهما بأولى من حمله على الآخر ، ولا يجوز الحمل عليهما لأن المولى في أحدهما بمعنى وفي الآخر بمعنى آخر ، فلا تصح ارادتهما بافظ واحد فيبطل .

(الشرح) الاحكام : الوقف على الاقارب من القرب إلى الله تعالى ، يتألف من صلة الرحم والاحسان والبر ، فقد أخرج البخاري ومسلم وأحمد عن أنس أن

أبا طلحة قال : يا رسول الله ان الله يقول : ان تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ،
وان أموالى يبرحاء وانها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله فضعها يا رسول
الله حيث أراك الله . فقال : بخ بخ ، ذلك مال راجع مرتين وقد سمعت : أرى أن
تجعلها فى الأقربين ، فقال أبو طلحة : أفعل يا رسول الله : ففعلها أبو طلحة فى
أقاربه وبني عمه ،

وفى رواية عند أحمد ومسلم : لما نزلت هذه الآية : ان تنالوا البر حتى تنفقوا
مما تحبون . قال أبو طلحة : يا رسول الله أرى ربنا يسألنا من أموالنا فأشهدك
أنى جعلت أرضى ببرحاء الله ، فقال اجعلها فى قرابتك . قال فجعلها فى حسان بن
ثابت وأبى بن كعب ،

والبخارى معناه وقال فيه : اجعلها لفقراء قرابتك ،

قال محمد بن عبد الله الانصارى : أبو طلحة زيد بن سهل بن الاسود بن
حرام بن عمرو بن زيد مائة بن عدى بن عمرو بن مالك بن النجار . وحسان بن
ثابت بن المنذر بن حرام يجتمعان الى حرام ، وهو الاب الثالث . وأبى بن كعب
ابن قيس بن عتيك بن زيد بن معاوية بن عمرو بن مالك بن النجار ، فعمره
يجمع حسانا وأبا طلحة وأبياً ، وبين أبى وأبا طلحة ستة آباء .

وأخرج الشيخان عن أبى هريرة واللفظ لمسلم : لما نزلت هذه الآية : وأنذر
عشيرتك الأقربين ، دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم قريشا فاجتمعوا فعم
وخص فقال : يا بنى كعب بن لؤى أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى مرة بن كعب
أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى عبد شمس أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى عبد
مناف أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى هاشم أنقذوا أنفسكم من النار ، يا بنى
عبد المطلب أنقذوا أنفسكم من النار ، يا فاطمة أنقذى نفسك من النار فاني
لا أملك لكم من الله شيئاً غير أن لكم رحماً سابغاً ببلاها ،

وفى هذا دليل على أن كل من ناداهم النبي صلى الله عليه وسلم يطلق عليهم
لفظ الأقربين ، لأنه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ممثلاً لقوله تعالى : وأنذر

عشيرتك الأقربين ، وهو دليل على صحة ما ذهب إليه الشافعي رضي الله عنه من دخول النساء لذكره قاطمة ، ودخول الكفار

وقد اختلف العلماء في الأقارب ، فقال أبو حنيفة : القرابة كل ذي رحم محرم من قبل الأب أو الأم ، ولكن يبدأ بقرابة الأب قبل الأم . وقال أبو يوسف ومحمد . من جمعهم أب منذ الهجرة من قبل أب وأم من تفصيل زاد زفر ويقدم من قرب . وهو رواية عن أبي حنيفة ، وأقل من يدفع له ثلاثة ، وعند محمد اثنان وعند أبي يوسف واحد ، ولا يصرف للأغنياء عندم إلا إن شرط ذلك .

وقال أصحابنا : القريب من اجتمع سواء قرب أم بعد ، مسلماً كان أو كافراً ، غنياً أو فقيراً ، ذكراً أو أنثى ، وارثاً أو غير وارث محرماً أو غير محرم . واختلفوا في الأصول والفروع على وجهين . وقالوا : إن وجد جمع محصورون أكثر من ثلاثة استوعبوا . وقيل يقتصر على ثلاثة وإن كانوا غير محصورين . فنقل عن الطحاوي الاتفاق على البطلان .

قال الحافظ ابن حجر : وفيه نظر ، لأن الشافعية عندم وجه بالجواز ، ويصرف منهم لثلاثة ولا يجب التسوية . وقال أحمد في القرابة كالشافعي إلا أنه أخرج الكافر ، وفي رواية عنه : القرابة كل من جمعه ، والموصى الأب الرابع إلى ما هو أسفل منه . وقال مالك : يختص بالعصبة سواء كان برته أو لا ، ويبدأ بفقرائهم حتى يغنوا ، ثم يعطى الأغنياء .

وقد تمسك برواية لجعلها في حسان بن ثابت وأبي كعب ، من قال : أقل من يعطى من الأقارب إذا لم يكونوا متحصرين اثنان ، وفيه نظر لأنه وقع في رواية للبخاري لجعلها أبو طلحة في ذوى رحمه ، وكان منهم حسان وأبي بن كعب ، فدل ذلك على أنه أعطى غيرهما معها .

وفي مرسل أبي بكر بن حزم : فرده على أقاربه أبي بن كعب وحسان بن ثابت وأخيه وابن أخيه شداد بن أوس ونبيط بن جابر ، فتقاوموه فباع حسان حصته من معاوية بمائة ألف درهم .

إذا ثبت هذا فإنه إذا وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته منتسباً إلى أبيه ، ولا يدخل فيه من ينسب إلى عمه ، فإذا وقف الإمام الشافعي رضي الله عنه

لأقاربه دخل فيه كل من ينسب إلى شافع بن السائب لأنه أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبد الله بن يزيد بن هاشم ابن المطلب بن عبد مناف بن قصي القرشي ، وقد أعقب السائب بن عبد الله شافعاً وعلياً وعباساً ؛ ومن ثم فإن أبناءهم لا يدخلون في وقف الشافعي لأقاربه فإن أعقبوا بعد الوقف دخل عقبهم ، منهم أيضاً ، ولا خلاف أن ما يحدث من أولادهم بعد استحقاقهم يدخل معهم في الاستحقاق خلافاً للبريطاني

فإن وقف لأقاربه وكان له أولاد قدموا على غيرهم ثم على أولادهم . وإن قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده ، ومن مات عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف . وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لأهل الوقف ، وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهم عن ابنين انتقل نصيبه إليهما ، ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لأخيه وأبني أخيه بالسوية لأنهم أهل الوقف ، ثم إن مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه وعمه لأنهما أهل الوقف ،

وإن مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وأبني أخ له فنصيبه لأخويه دون ابني أخيه لأنهما ليسا من أهل الوقف مادام أبوهما حياً ، فإذا مات أبوهما فنصيبه لهما ، فإذا مات الثالث كان نصيبه لابني أخيه بالسوية إن لم يخلف ولداً ، وإن خلف ابناً واحداً فله نصيب أبيه وهو النصف ولابني عمه النصف لكل واحد الربع

وإن قال : من مات منهم من غير ولد كان ما كان جارياً عليه جارياً على من هو في درجته ، فإن كان الواقف مرتباً بطناً بعد بطن كان نصيب المات عن غير ولد لأهل البطن الذي هو منه . وإن كان مشتركا بين البطون كما احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف - كلهم لأنهم في استحقاق الوقف - سواء فكانوا في درجته من هذه الجهة . وإن كان الوقف - على البطن الأول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إلى ولده ، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه إلى من هو في درجته ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف - كلهم يتساوون فيه ، سواء كان

من بطن واحد أو من بطون ، وسواء تساوت أنصباؤهم في الوقف أو
اختلفت لما ذكرنا

(والثاني) أن يكون لأهل بطنه ، سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا
مثل أن يكون البطن الأول ثلاثة فئات أحدهم عن ابن ثم مات الثاني عن ابنين
فمات أحد الابنين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابنا لعمه الحى ، فيكون نصيبه
بين أخيه وابن عمه

(والثالث) أن يكون لأهل بطنه من أهل الوقف ، فيكون نصيبه على هذا
لأخيه وابن عمه الذى مات أبوه ، فإن كان فى درجته فى النسب من ليس من أهل
الاستحقاق بحال ، كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه
وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شيء لأنه ليس من
أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم .

وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف ،
ففى إحدى الروايتين يرجع إلى الورثة منهم لأنهم الذى صرف الله تعالى إليهم
ماله بعد موته واستغنائه عنه ، فكذاك يصرف إليهم من صدقته ما لم يذكر له
مصرفا ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إنك إن ترك ورثتك أغنياء خير
من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ،

فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفا عليهم ، وعلى هذا
ذكر أصحاب أحمد أن المقصود بالوقف هو التأبيد ، وإنما صرفناه إلى هؤلاء لأنهم
أحق الناس بصدقته فصرف إليهم مع بقائه صدقة ، ويحتمل كلام الحنفى منهم أن
يصرف إليهم على سبيل الارث ويبطل الوقف فيه ، فعلى هذا يكون قوله متفقا
مع قول أبى يوسف .

والرواية الثانية عن أحمد يكون وقفا على أقرب عصبة الواقف دون بقية
الورثة من أصحاب الفروض ، ودون البعيد من العصبات فيقدم الأقرب فالأقرب
على حسب استحقاقهم لولاء الموالى لأنهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه
فخصوا بهذا أيضا .

ونازعه في هذا ابن قدامة في مغنيہ وقال : لا دليل على ذلك من كتاب ولا سنة والأولى صرفه إلى المساكين وفي نزاعه نظر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وقف على زيد وعمرو وبكر ثم على الفقراء فبات زيد صرف إلى من بقى من أهل الوقف ، فإذا انقضىوا صرف إلى الفقراء . وقال أبو علي الطبري : يرجع إلى الفقراء ، لأنه لما جعل لهم إذا انقضىوا وجب أن تكون حصة كل واحد منهم لهم إذا انقضى ، والمنصوص في حرمة هو الأول لأنه لا يمكن نقله إلى الفقراء ، لأنه قبل انقراضهم لم يوجد شرط النقل إلى الفقراء ، ولا يمكن رده إلى الواقف لأنه أزال ملكه عنه فكان أهل الوقف أحق به .

(فصل) وإن وقف مسجداً غربي المكان وانقطعت الصلاة فيه ، لم يعد إلى الملك ، ولم يجوز له التصرف فيه ، لأن ما زال الملك فيه لحق الله تعالى لا يعود إلى الملك بالاختلال كما لو اعتق عبداً ثم زمن ، وإن وقف نخلة بلحمت أو بهيمة فزمنت أو جذوا على مسجد فتكسرت ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز بيعه لما ذكرناه في المسجد (والثاني) يجوز بيعه لأنه لا يرجي منفعته فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد ؛ فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه ، وقد يعمر الموضع فيصلح فيه ، فإن قلنا تباع كان الحكم في ثمنه حكم القيمة التي توجد من متلف الوقف وقد بيناه . وإن وقف شيئاً على ثغر فبطل الثغر كطرسوس أو على مسجد فاختل المكان حفظ الارتفاع ، ولا يصرف إلى غيره لجواز أن يرجع كما كان .

(فصل) وإن احتاج الوقف إلى نفقة أنفق عليه من حيث شرط الواقف لأنه لما اعتبر شرطه في سبيله اعتبر شرطه في نفقته كالمالك في أمواله ، وإن لم يشترط أنفق عليه من غلته ، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا بالنفقة ، لحمل الوقف عليه ؛ وإن لم يكن له غلة فهو على القواين إن قلنا إنه لله تعالى كانت نفقته في بيت المال كالحرم المعسر الذي لا كسب له ، وإن قلنا للموقوف عليه كانت نفقته عليه (فصل) والنظر في الوقف إلى من شرطه الواقف ، لأن الصحابة

رضى الله عنهم وقفوا وشرطوا من ينظر ، لجعل عمر رضى الله عنه إلى حفصة رضى الله عنها ، وإذا توفيت فإنه إلى ذوى الراى من أهلها ، ولأن سبيله إلى شرطه فكان النظر إلى من شرطه .

وإن وقف — ولم بشرط الناظر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه إلى الواقف — لأنه كان النظر إليه ، فإذا لم بشرطه بقى على نظره (والثانى) أنه للوقوف عليه ، لأن الغلة له فكان النظر إليه (والثالث) إلى الحاكم لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه وحق من ينتقل إليه فكان الحاكم أولى ، فإن جعل الواقف النظر إلى اثنين من أفاضل ولده ولم يوجد فيهم فاضل إلا واحد ضم الحاكم إليه آخر لأن الواقف لم يرض فيه بنظر واحد .

(فصل) إذا اختلف أبواب الوقف في شروط الوقف وسبيله ولا بينة جعل بينهم بالسوية ؛ فإن كان الواقف حياً رجع إلى قوله ، لأنه ثبت بقوله فرجع إليه .

(الشرح) بعض هذه الفصول مضى ذكر أحكامها .

أما المسجد فإنه إذا تهدم وتعذرت أعادته فإنه لا يباع بحال لإمكان الانتفاع به حالا بالصلاة في أرضه ، وبهذا قال مالك رضى الله عنه . وقال الرملى : وبه فارق ما لو وقف فرس على الغزو فكبر ولم يصلح حيث جاز بيعه . نعم لو خيف على نقضه نقض وحفظ. ليعمر به مسجد آخر إن رأى الحاكم ذلك ، وإن توقع عوده حفظ له ، وإلا فإن أمكن صرفه إلى مسجد آخر صرف إليه ، وإلا فنقطع الآخر فيصرف لأقرب الناس إلى الواقف ، فإن لم يكونوا صرف إلى الفقراء والمساكين أو مصالح المسلمين .

أما غير المنهدم فما فضل من غلة الموقوف على مصالحه يشتري به عقار ويوقف عليه بخلاف الموقوف على عمارته يجب ادخاره لأجل ما لا أنه يعرض للضياع أو لظالم يأخذه .

ولو وقف أرضا للزراعة فتعذرت وانحصر النفع فى الفرس أو البناء فعل الناظر أحدهما أو آجرها كذلك ، وقد أفتى البلقينى فى أرض موقوفة أن تزرع حناء

فأجرها لتغرس كرماً ، فإن قوله لنزرع حناء متضمن لا شرط أن لا يزرع غيره لأن من المعلوم أنه يغتفر في الضمى مالا يغتفر في المنطوق ، على أن الفرض في مسألتنا أن لا يقصد تعطيل وقفه وثوابه ، ومسألة الباقي ليس فيها ضرورة فاحتاج الى التقييد .

وقال أصحاب أحمد : اذا تعطلت منافع الوقف كدار انهدمت أو أرض طادت مواتاً أو مسجد انصرف أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلح فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه ، أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عماره بعضه الا ببيع بعضه ، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته ، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه ببيع جميعه .

وقال أحمد في روايه أبي داود صاحب السنن : اذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه . وقال في رواية صالح : يحول المسجد خوفاً من اللصوص ، واذا كان موضعه قدراً ، يعني اذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه ، ونص في رواية عبد الله على جواز بيع عرصته وتكون الشهادة في ذلك على الامام . وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع انما تنقل آلها . وقال محمد بن الحسن : اذا خرب المسجد أو الوقف عاد الى ملك واقفه ، لأن الوقف انما هو تسبيل المنفعة ، فاذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : لا يباع أصلها ولا تبتاع ولا توهب ولا تورث ، ولأن مالا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطلها كالمعتق ، والمسجد أشبه الاشياء بالمتعق

(فائدة) لا يصح عندنا وقف لأجل نقش مسجد أو زخرفته ، أما دهانه وملاطه وتجهيزه لجائز ، لقول عمر رضي الله عنه : أكن الناس من المطر وإياك أن تحمر أو تصفر فتفتن الناس ، أفاده الشمس الرملى في النهاية

(فرع) اذا كان الوقف للاستغلال لم يتصرف فيه سواء ناظره الخاص أو العام أو لينتفع به الموقوف عليه ، وأطلق أو قال : كيف شاء ، فله استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره بأن يركبه الدابة مثلاً ليقضى له عليها حاجة فلا ينافى ذلك ما قيل في الاعارة والاجارة وما قيدناه به .

ثم إن شرط الواقف النظر لنفسه أو غيره اتبع كبقية شروطه ، لما روى أن عمر (رض) ولي أمر صدقته لحفصة ما عاشت ، ثم لأولى الراى من أهلها ، وقبول من شرط له النظر كقبول الوكيل فيما يظهر لا الموقوف عليه مالم يشترط له شيء من ربح الوقف ، ودعوى السبكي أنه بالاباحة أشبه فلا يرتد بالرد بعيد ، بل لو قبله ثم أسقط حقه منه سقط إلا أن يشترط نظره حال الوقف ؛ فلا ينعزل بعزل نفسه على الراجح خلافاً لمن زعم خلافه .

قال الرملي : نعم يقيم الحاكم متيماً غيره مدة إعراضه ، فلو أراد الودم يحتاج إلى تولية جديدة ، فإذا لم يشترط الواقف النظر لأحد الناظر للقاضي الموجود ببلد الموقوف عليه كما مر نظيره في مال اليتيم ، إذ نظره عام فهو أولى من غيره ، ولو كان وافقاً أو موقوفاً عليه . وما جزم به الماوردي من ثبوته للواقف بلا شرط في مسجد المحلة : والخوارزمي في سائر المساجد ، وزاد أن ذريته مثله مردود . هكذا أفاده الرملي

وشرط الناظر العدالة الباطنة مطلقاً كما رجحه الأذرعى خلافاً لكفاء السبكي بالعدالة الظاهرة ، ومن ثم ينعزل بالفسق المحقق بخلاف غيره بخلاف الكذب الذي يمكن أن يكون معذوراً فيه .

وسواء في الناظر أكان هو الواقف أم غيره ؛ ومتى انعزل بالفسق فالنظر للحاكم ، كما تشترط الكفاية لما تولاه من نظر عام أو خاص وهي الاهتداء إلى التصرف الذي فوض له قياساً على الوصي والقيم ، لأنها ولاية على غيره ، وعند زوال الأهلية يكون النظر للحاكم ، هكذا رجح السبكي وقد أفتى النووي بعدم عود النظر بعود الأهلية مالم يكن نظره بشرط الواقف ، لقوته بالشرط ، إذ ليس لأحد عزله ولا الاستبدال به ، وعارض فقد الأهلية مانع من تصرفه لا سالب لولايته .

ولو كان له النظر على مواضع فثبت أهليته في مكان ثبتت في بقية الأماكن من حيث الأمانة لا من حيث الكفاية إلا أن يثبت أهليته في سائر الأوقاف كما قرره ابن الصلاح .

ووظيفة الناظر حفظ الأصول وثمرتها على وجه الاحتياط كولي البيتيم ،

كما يتولى الاجارة والعمارة والاقتراض على الوقف عند الحاجة - إن شرطه له الواقف أو أذن له فيه الحاكم كما في الروضة وغيرها ، خلافاً للبلقيني ، سواء في ذلك مال نفسه وغيره ، كما أنه منوط به تحصيل الغلة وقسمتها على مستحقيها ، وبإلزامه رعايته - زمن عينه الواقف ، ويجوز تقديم تفرقه - المذخور على الزمن المدين لشبهه بالزكاة الممثلة ، ولو كان له وظيفة فاستناب فيها فالاجرة عليه لا على الوقف وقال الأذرعي : إن الذي نعتقده أن الحاكم لا ينظر له معه ولا تصرف ، بل نظره معه نظر إحاطة ورعايه .

فإن فرض الواقف إليه بعض هذه الأمور لم يتعد اتباعاً للشرط ، ويستحق الناظر ما شرط من الاجرة ، كما يجوز له رفع الأمر إلى الحاكم ليقرر له اجرة قال العراقي في تحريره : ومقتضاه أنه يأخذ مع الحاجة - إما قدر النفقة - كما رجحه الرافعي أو الأقل من نفقته وأجرة مثله كما رجحه النووي ؛ وقد رجح بعض المتأخرين من أصحابنا أن الظاهر هنا أنه يستحق أن يقرر له اجرة المثل ، وإن كان أكثر من النفقة ، وإنما اعتبرت النفقة هنا لوجوبها على فرعه سواء أكان ولياً على ماله أم لا ، بخلاف الناظر ولو جعل النظر لعدلين من أولاده وليس فيهم سوى عدل نصب الحاكم آخر ، وإن جعله للأرشد من أولاده فالأرشد ، فأثبت كل منهم أنه أرشد اشتركا في النظر بلا استقلال ان وجدت الاثلية فيهم ، لأن الأرشديه قد سقطت بتعارض البيئات فيها ويبقى أصل الرشد ، ولو تغير حال الأرشد حين الاستحقاق فعاد مفضولاً انتقل النظر إلى من هو أرشد منه ، ويدخل في الارشد من أولاد أولاده الارشد من أولاد البنات ، وللواقف عزل من ولاه نائباً عنه إن شرط النظر لنفسه ونصب غيره كالوكيل .

وأفتى النووي بأنه لو شرط النظر لإنسان ، وجعل له أن يسنده لمن شاء فأسنده لا آخر ، لم يكن له عزله ولا مشاركته ، ولا يعود النظر إليه بعد موته . قال الرملي : وبمنظير ذلك أفتى فقهاء الشام وعلموه بأن النفويض بمثابة التملك ، وخالفهم السبكي فقال : بل كالتوكيل ، وأفتى السبكي بأن للناظر والواقف من جهته عزل المدرس ونحوه إن لم يكن مشروطاً في الوقف . ولو لغير مصلحة ، وهو مردود بما في الروضة للنووي أنه لا يجوز للإمام إسقاط بعض الجناد المئتين

في الديوان بغير سبب ، فالناظر الخاص أولى ، ولا أثر للفرق بأن هؤلاء ربطوا أنفسهم للجهاد الذي هو فرض ، ومن ربط نفسه لا يجوز إخراجهم بلا سبب بخلاف الوقف فإنه خارج عن فروض الكفايات ، بل يرد بأن التدريس فرض أيضاً ، وكذلك قراءة القرآن ، فمن ربط نفسه بهما فحكمه كذلك على تسليم ما ذكر من أن الربط به كاللبس به ، وإلا فشتان ما بينهما ، ومن ثم اعتمد الباقين أن عزله من غير مسوغ لا ينفذ ، بل هو قاذح في نظره ، وفي شرح المنهاج في الكلام على عزل القاضي بلا سبب ونفوذ العزل في الأمر العام : أما الوظائف كأذان وإقامة وتدريس وطلب ونحوه فلا ينعزل أربابها بالعزل من غير سبب كما أفتى به كثير من المتأخرين ، منهم ابن رزين فقال : من تولى تدريساً لم يجوز عزله بمثله ولا بدونه ولا ينعزل بذلك ، قال الرملي : وهذا هو المعتمد .

وإذا قلنا : لا ينفذ عزله إلا بسبب فهل يلزمه بيان مستنده ؟ الفتوى أكثر المتأخرين بعدمه وقيده بعضهم بما إذا وثق بعلمه ودينه ، وزيفه التاج السبكي بأنه لا حاصل له . ثم بحث أنه ينبغي وجوب بيان مستنده مطلقاً أخذاً من قولهم : لا يقبل دعواه الصرف لمستحقين معينين ، بل القول قولهم ولهم مطالبته بالحساب وادعى الولي العراقي أن الحق التقييد وله حاصل لأن عدالته غير مقطوع بها ، فيجوز أن يختلف وأن يظن ما ليس بقاذح قاذحاً بخلاف من تمكن علماً وديناً زيادة على ما يعتبر في الناظر من تمييز ما يقدر وما لا يقدر ، ومن ورع وتقوى يحولان بينه وبين متابعة الهوى .

ولو طلب المستحقون من الواقف كتاب الوقف ليكتبوا منه نسخة حفظاً لاستحقاقهم لزمه تمكينهم وذلك أخذاً من افتاء جماعة أنه يجب على صاحب كتب الحديث إذا كتب فيها سماع غيره معه إما أن يعيره إياها ليكتب سماعه منها ولو تغيرت المعاملة وجب ما شرطه الواقف مما كان يتعامل به حال الوقف ، زاد سعره أم نقص سهل تحصيله أم لا ، فإن فقد اعتبرت قيمته يوم المطالبة إن لم يكن له مثل حينئذ والا وجب مثله .

وإذا أجر الناظر الوقف على معين أو جهة اجارة صحيحة فزادت الاجرة

في المدة أو ظهر طالب بالزيادة لم يفسخ العقد في الأصح لو وقع بالقبطة في وقته فاشبه ارتفاع القيمة أو الاجرة بعد بيع أو اجارة مال المحجور . والثاني : تنفسخ اذا كان للزيادة وقع ، والظاهر ثمة لتبين وقوعه على خلاف المصلحة ، وقد مر في الاجارة أنه لو كان المؤجر المستحق أو مأذونه جاز ايجاره بأقل من اجرة مثله وعليه فلا وجه انفساخها بانتقالها لغيره ممن لم يأذن له في ذلك .

وأفتى ابن الصلاح فيما اذا أجر بأجرة معلومة شهد اثنان بأنها اجرة المثل حالة العقد ثم تغيرت الأحوال فزادت اجرة المثل بأنه يتبين بطلانها وخطئها لان تقويم المنافع المستقبلية انما يصح حيث استمرت حالة العقد بخلاف مالو طرأ عليها أحوال تختلف بها قيمة المنفعة فإنه بان أن المقوم لم يوافق تقويمه الصواب ولو حكم حاكم بصحة اجارة وقف ، وأن الاجرة اجرة المثل ، فإن ثبت بالتواتر أنها دونها تبين بطلان الحكم والاجارة .

(فرع) نفقة الوقف من حيث شرط الواقف لانه لما اتبع شرطه في سبيله وجب اتباع شرطه في نفقته ، فإن لم يمكن فمن غلته ، لان الوقف اقتضى تجبيل أصله وتسبيل منفعته ، ولا يحصل ذلك الا بالانفاق عليه ، فكان ذلك من ضرورته ، وان تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقته على الموقوف عليه لانه ملكه ، ويحتمل وجوبها في بيت المال ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الهبات

الهبة مندوب اليها لما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : تهادوا تحابوا ، وللأقارب أفضل لما روى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الراحمون يرحمهم الله ، ارحموا من في الأرض يرحمكم من في السماء ، الرحم شجرة من الرحمن ، فمن وصلها وصله الله ، ومن قطعها قطعته الله ، وفي الهبة صلة الرحم ، والمستحب أن لا يفضل بعض أولاده على بعض في الهبة لما روى النعمان بن بشير قال : أعطاني أبي عطية فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني أعطيت ابني عطية وإن أمه قالت لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهل أعطيت كل ولدك مثل ذلك ؟ قال لا . قال رسول الله اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم ، أليس يسرك أن يكونوا في البر سواء ؟ قال بلى قال فلا إذا ،

قال الشافعي رحمه الله : ولأنه يقع في نفس المفضل ما يمنعه من بره ، ولأن الأقارب ينفس بعضها بعضا مالا ينفس العدى ، فإن فضل بعضهم بعطية صحت العطية . لما روى في حديث النعمان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أشهد على هذا غيره ، فلو لم يصح لبين له ولم يأمره أن يشهد عليه غيره ، ولا يستنكف أن يهب القليل ولا أن يهب القليل ، لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو دعيت إلى كراع لأجبت . ولو أهدى إلى كراع أو ذراع لقبلت ،

(الشرح ، الحديث الأول أخرجه البخاري في الأدب المفرد والبيهقي وابن طاهر في مسند الشباب من حديث محمد بن بكير عن ضماد بن اسماعيل عن موسى

ابن وردان عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم ، تهادوا تحابوا ، قال الحافظ . ابن حجر وإسناده حسن ، وقد اختلف فيه على ضمام . قال الذهبي : لينه بعضهم بلا حجة . وقال أحمد بن حنبل : صالح الحديث . وسرد له ابن عدي في كامله أحاديث حسنة ، ولما كان ضمام ختن أبي قبيل على ابنته فقد اختلف عليه ، فقبل عنه : عن أبي قبيل عن عبد الله بن عمر أورده ابن طاهر ورواه في مسند الشام من حديث عائشة بلفظ : تهادوا تزادوا حباً ، وفي إسناده محمد بن سليمان . قال ابن طاهر : لا أعرفه ، وأورده أيضاً من وجه آخر عن أم حكيم بنت وداع الخزاعية وقال : إسناده غريب وليس بحجة .

وروى مالك في الموطأ عن عطاء الخراساني رفعه : تصالحوا يذهب الغل ، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء .

وفي الأوسط للطبراني من حديث عائشة : تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً وأقبلوا الكرام عثراتهم ، قال الحافظ . ابن حجر : وفي إسناده نظر وأخرج في الشام عن عائشة : تهادوا فان الهدية تذهب الضغائن ، ومداره على محمد بن عبد النور عن أبي يوسف الأعشي عن هشام عن أبيه عنها . والراوى له عن محمد هو أحمد بن الحسن المقرئ . قال الدارقطني : ليس بثقة ، وقال ابن طاهر لا أصل له عن هشام . ورواه ابن حبان في الضعفاء من طريق بكر بن بكار عن عائذ بن شريح عن أنس بلفظ : تهادوا فان الهدية قات أو كثرت تذهب السخيمة ، وضعفه بعائذ . قال أبو حاتم : في حديثه ضعف . وقال ابن طاهر : ليس بشيء . وقد رواه عنه جماعة . قال ورواه كوثر بن حكيم عن مكحول عن النبي (ص) مرسل . وكوثر متروك .

وروى الترمذي من حديث أبي هريرة : تهادوا فان الهدية تذهب وحر الصدر ، وفي إسناده أبو معشر المدني تفرد به وهو ضعيف . ورواه ابن طاهر في أحاديث الشام من طريق عصمة بن مالك بلفظ : الهدية تذهب بالسمع والبصر ، ورواه ابن حبان في الضعفاء من حديث ابن عمر بلفظ : تهادوا فان الهدية تذهب الغل ، رواه محمد بن غزوة قال : لا يجوز الاحتجاج به وقال فيه البخاري منكر الحديث وروى أبو موسى المديني في الذيل في ترجمة زعبل ، بالزاي والعين المهمة والباء

الموحدة ، يرفعه ، تزاوروا وتهادوا فان الزيارة تثبت الوداد ، والهدية تذهب
السخيمة . قال ابن حجر : وهو مرسل وليس لزعل صحبة

أما حديث عبد الله بن عمر رواه أحمد في مسنده والطبراني بإسناد صحيح عن
عبد الله بن عمرو : ورواه مسلم عن عائشة ، ورواه البخاري عن أبي هريرة بلفظ
الرحم شجنة من الرحمن ، قال الله : من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته .

أما حديث النعمان بن بشير عند البخاري ومسلم وأحمد بلفظ : أن أباه أتى به
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إني نخلت ابني هذا غلاما كان لي ، فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكل ولدك نخلته مثل هذا ؟ فقال : لا ، فقال :
فارجعه ، وانظروا مسلم : تصدق علي أبي بيعض ماله ، فقالت أمي عمرة بنت ربيعة
لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلق أبي إليه يشهده على
صدقتي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أفدلت هذا بولدك كلهم ؟ قال : لا
فقال : اتقوا الله واعدلوا في أولادكم ، فرجع أبي في تلك الصدقة ، وللبخاري مثله
لكن ذكره بالغظ العطية لا بلفظ الصدقة .

وقد روى أحمد وأبو داود والنسائي والمنذري عن النعمان بن بشير قال : قال
النبي صلى الله عليه وسلم : اعدلوا بين ابنائكم : اعدلوا بين أبنائكم ، اعدلوا بين
أبنائكم ، وهذا الحديث سكت عنه أبو داود والمنذري ورجاله ثقات إلا المفضل
ابن المطلب بن أبي صفرة ، وقد اختلف فيه وهو صدوق ، وفي رواية لمسلم بلفظ
: أيسرك أن يكونوا في البر سواء ؟ قال : بلى ؛ قال : فلا إذن .

وفي باب عن ابن عباس عند الطبراني والبيهقي وسعيد بن منصور بلفظ : سووا
بين أولادكم في العطية ، ولو كنت مفضلا أحدا لفضلت النساء ، وفي إسناده سعيد
ابن يوسف وهو ضعيف ، وذكر ابن عدي في الكامل أنه لم ير له أنكر من هذا
وقد حسن ابن حجر في الفتح إسناده .

أما حديث أبي هريرة فقد أخرجه البخاري بلفظ : لو دعيت إلى كراع أو
ذراع لأجبت ، ولو أهدى إلى ذراع أو كراع أقبلت ، ورواه أحمد والترمذي
وصححه من حديث أنس بلفظ : لو أهدى إلى كراع أقبلت ، ولو دعيت عليه
لأجبت ، وفي باب عن أم حكيم الخزاعية عند الطبراني قالت : قالت : يا رسول الله

تكره رد اللطف؟ قال : ما أقبحه ، لو أهدى إلى كراع لقبك ، قوله : اللطف بالتحريك : اليسير من الطعام .

أما الهبة بكسر الهاء وتخفيف الباء الموحدة . قال في الفتح : تطلق بالمعنى الأعم على أنواع الإبراء ، وهو هبة الدين عن هو عليه ؛ والصدقة وهي هبة ما يتخض به طلب ثواب الآخرة ، والهدية وهي ما يلزم به الموهوب له عوضه ، ومن خصها بالحياة أخرج الوصية ، وهي تكون أيضا بالأنواع الثلاثة ، وتطلق الهبة بالمعنى الأخص على مالا يقصد له بدل ، وعليه ينطبق قول من عرف الهبة بأنها تملك بلا عوض اهـ

والهبة والعطية والهدية والصدقة معانيها متقاربة وكما تملك في الحياة غير عوض ، واسم العطية شامل لجميعها ؛ وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايران ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة . وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة ، هو عليها صدقة ولنا هدية ، فالظاهر أن من أعطى شيئا يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة . ومن دفع إلى إنسان شيئا يتقرب به إليه محبة له فهو هدية ، وجميع ذلك مندوب إليه ومحث عليه أقوله صلى الله عليه وسلم : تهادوا تحابوا ، وأما الصدقة فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكننا حصره ، وقد قال الله تعالى (ان تبدوا الصدقات فنعما هي ، وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم سيئاتكم ،

إذا ثبت هذا فإن المسكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض ، وهو قول أكبر الفقهاء ، منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وأحمد .

وقال مالك وأبو ثور : يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله غايه الصلاة والسلام : العائد في هبته كالعائد في قيمته ، ولأنه إزالة مالك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق . وربما قالوا : تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف ، ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع ، وتطلق الهبة على الشيء الموهوب

وأحاديث النعمان بن بشير تملك بها من أوجب التسوية بين الأولاد في

العطية : وبه صرح البخاري ، وهو قول طاوس والثوري وأحمد وإسحاق وبعض المالكية ، قال في الفتح : والمشهور عن هؤلاء أنها باطلة . وعن أحمد تصح ، ويجب أن يرجع . وعنه يجوز التفاضل إن كن له سبب ، كأن يحتاج الولد لزمانته أو دينه أو نحو ذلك دون الباقي .

وقال أبو يوسف تحت التسوية إن قصد بالتفضيل الإضرار . وزهد الجمهور إلى أن التسوية مستحبة ، فإن فضل بعضها صح وكره : وحملوا الأمر على البدب وكذلك حملوا النهي الثابت في روايته لمسلم بلفظه : أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء ؟ قال بلى . قال فلا إذن ، على التنزيه .

وأجابوا عن حديث النعمان بأجوبة عشرة جاءت في فتح الباري ، اختصرها الشوكاني ووضع عليها زيادات مفيدة (أحدها) أن الموهوب للنعمان كان جميع مال والده حكاه ابن عبد البر ، وتعقبه بأن كثيراً من طرق الحديث مصرحة بالبعضية ، كما في حديث جابر وغيره أن الموهوب كان غلاماً ، وكما في لفظ مسلم عن النعمان : تصدق علي أبي بيعض ماله ،

(الجواب الثاني) أن العطية المذكورة لم ينجز ، وإنما جاء بشير يستشير النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك فأشار عليه بأن لا يفعل فترك ، حكاه الطبري ويحجب عنه بأن أمره صلى الله عليه وسلم له بالارتجاع يشعر بالنجيز . وكذلك قول عمرة : لا أرضى حتى تشهد ، الخ

(الجواب الثالث) أن النعمان كان كبيراً ولم يكن قبض الموهوب لحاز لا ييه الرجوع . ذكره الطحاوي . قال الحافظ . وهو خلاف ما في أكثر طرق الحديث خصوصاً قوله : أرجعه ، فإنه يدل على تقدم وقوع القبض ، والذي تضافرت عليه الروايات أنه كان صغيراً وكان أبوه قابضاً له لصغره فأمره برد العطية المذكورة بعدما كانت في حكم المقبوضة .

(الرابع) أن قوله : أرجعه ، دليل على الصحة ، ولو لم تصح الهبة لم يصح الرجوع ، وإنما أمره بالرجوع لأن للوالد أن يرجع فيما وهب لولده ، وإن كان الأفضل خلاف ذلك ، لكن استحباب التسوية رجح على ذلك المذاهب أمره به . وفي الاحتجاج بذلك نظر ، والذي يظهر أن معنى قوله أرجعه ، أي لا تمطر الهبة

المذكورة ، ولا يلزم من ذلك تقدم صحة الهبة (الخامس) أن قوله : أشهد على هذا غيرى ، إذن بالإشهاد على ذلك ، وإنما امتنع من ذلك لكونه الإمام ، وكأنه قال : لا أشهد لأن الإمام ليس من شأنه أن يشهد وإنما من شأنه أن يحكم ، حكاه الطحاوى وأرضاه ابن القصار ، وتعقب بأنه لا يلزم من كون الإمام ليس من شأنه أن يشهد أن يمتنع من تحمل الشهادة ولا من أدائها إذا تعينت عليه ، والإذن المذكور مراد به التوبيخ لما تدل عليه بقية ألفاظ الحديث ، وبذلك صرح الجمهور في هذا الموضع

وقال ابن حبان : قوله « أشهد » صيغة أمر والمراد به نفي الجواز وهي كقوله لعائشة : اشترطى لهم الولاء اه . ويؤيد هذا الوجه تسميته صلى الله عليه وسلم لذلك جوراً كما في بعض الروايات المذكورة .

(السادس) التمسك بقوله : ألا سويت بينهم ، على أن المراد بالامر الاستحباب وبالنهي التنزيه . قال ابن حجر : وهذا جيد لولا ورود تلك الألفاظ الزائدة على هذه اللفظة ولا سيما رواية « سوا بينهم »

(السابع) قالوا المحفوظ في حديث النهيمان « قاربوا بين أولادكم ، لا سوا ، وتعقب بأنكم لا توجبون المقاربة كما لا توجبون التسوية

(الثامن) في التشبيه الواقع بينهم في التسوية ، بالتسوية بينهم ، بالتسوية فيهم في البر قرينة تدل على أن الأمر للندب ، ورد بأن إطلاق الجور على عدم التسوية والنهي عن التفضيل يدلان على الوجوب فلا تصلح تلك القرينة لصرفهما وإن صلحت لنفس الأمر

(التاسع) ما سيأتى في الفصل الذى بعد هذا من منحة أبى بكر لعائشة . وقوله لما فلو كنت احترثته ، وكذلك ما رواه الطحاوى عن عمر أنه نحل ابنه عاصماً دون سائر ولده ، ولو كان التفضيل غير جائز لما وقع من الخليفين ، وقال في الفتح وقد أجاب ابن عمر عن قصة عائشة بأن اخوتها كانوا راضين ، ويجاب بمثل ذلك عن قصة عاصم . ولا حجة في فعلهما لا سيما إذا عارض المرفوع

(العاشر) أن الإجماع انمقد على جواز عطية الرجل ماله الغير ولده ، فإذا جاز له أن يخرج جميع ولده من ماله لتملك الغير جاز له أن يخرج بعض ولده

بالتملك لبعضهم . ذكره ابن عبد البر . قال الحافظ ابن حجر ولا يخفى ضعفه لانه قياس مع وجود النص ، وقد رأى الشوكاني أن التسوية واجبه وأز التفضيل محرم واختلاف الموجبون للتسوية في كيفيتهما فقال محمد بن الحارث وأحمد وإسحاق وبعض الشافعية والمالكية العدل أن يعطى الذكر حظين كالميراث ، وانجوا بأن ذلك حظه من المال لو مات عنه الواهب . وقال غيرهم لا فرق بين الذكر والانثى ، وظاهر الامر بالتسوية معهم .

على أن حديث النعمان بن بشير رواه عنه عدد كثير من التابعين ، منهم عروة ابن الزبير عند مسلم والنسائي وأبي داود ، وأبو الضحى عند النسائي وابن حبان وأحمد والطحاوي ، والمفضل بن المطلب عند أحمد وأبي داود والنسائي ، وعبد الله بن عتبة بن مسعود عند أحمد ، وعون بن عبد الله عند أبي عوانة والشعبي عند الشيخين وأبي داود وأحمد والنسائي وابن ماجه وابن حبان وغيرهم وقد رواه النسائي من مسند بشير والد النعمان فهذا بذلك . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وما جاز بيعه من الاعيان جاز هبته لانه عقد يقصد به ملك العين فملك به ما يملك بالبيع وما جاز هبته جاز هبته جزء منه مشاع لما روى عمر بن سلمة الضمري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من المدينة حتى أتى الروحاء فاذا حمار عقير ، فقبل يا رسول الله هذا حمار عقير ، فقال دعوه فانه سيطلبه صاحبه ، فجاء رجل من فهر فقال يا رسول الله انى أصبت هذا فشأنكم به ، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر بقسم لحمه بين الرفاق ، ولأن القصد منه التملك والمشاع كالمقسوم في ذلك .

(فصل) وما لا يجوز بيعه من المجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملكه عليه كالبيع قبل القبض لا تجوز هبته لانه عقد يقصد به تملك المال في حال الحياة فلم يحز فيما ذكرناه كالبيع

(فصل) ولا يجوز تعليقه على شرط مستقبل لانه عقد يبطل بالجمالة فلم يحز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع

(الشرح) حديث عمرو بن سلمة الضمري كذا في نسخ المذهب وفي مواطن مختلفة من فصول المذهب وصوابه عمير بن سلمة الضمري بالتصغير . قال الحافظ ابن حجر في التهذيب : له صحبة وحديث ، وهذا الحديث أخرجه أحمد والنسائي ومالك في الموطأ وصححه ابن خزيمة وغيره عن عمير بن سلمة الضمري عن رجل من بهز أنه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد مكة حتى إذا كانوا في بطن واد الروحاء وجد الناس حمار وحش عقيراً فذكروه للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : أقروه حتى يأتي صاحبه فأتى البهري وكان صاحبه فقال : يا رسول الله شأنكم هذا الحمار فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمه في الرقاق ، وهم محرمون ، قال : ثم مررنا حتى إذا كنا بالآتابة إذا نحن بظبي حاقف في ظل فيه سهم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاً أن يقف عنده حتى يخبر الناس عنه .

ولأحمد والبخاري ومسلم من حديث قتادة قال : كنت يوماً جالساً مع رجال من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في منزل في طريق مكة ورسول الله صلى الله عليه وسلم أمامنا والقوم محرمون وأنا غير محرم عام الحديبية فأبصروا حماراً وحشياً وأنا مشغول أخصف نعلي فلم يؤذوني ، وأحبوا إلي أني أبصرته فالتفت فأبصرته فقممت إلى الفرس فأمرجته ثم ركبت ونسيت السوط والرمح فقلت : لهم ناولوني السوط والرمح ، فقالوا : لا والله لا نعينك عليه ، فغضبت فزات فأخذتهما ثم ركبت فشدت على الحمار فعقرته ثم جثت به وقد مات فوقه وفيه يا كلونه ، ثم إنهم شكوا في أكلهم إياه وهم حرم ، فرحنا وخبات البعض معي فأدركنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألناه عن ذلك فقال : هل معكم منه شيء فقلت : نعم ، فناولته العضد فأكلها وهو محرم ، ولمسلم دهل أشار إليه إنسان أو أمره بشيء قالوا : لا ، قال فبكاوه ، والبخاري قال منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليهما ؟ قالوا : لا ، قال : فكلوا ما بقي من اللحم ، قلت . وهذا الخبر صريح في صحة هبة المشاع ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد ، سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن .

وقال أصحاب الرأي لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لأن القبض شرط في الهبة ، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه ، فإن كان مما لا يمكن قسمته صححت هبته لعدم ذلك فيه ، وإن وهب واحد اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجوز عند أبي حنيفة ، وجاز عند صاحبيه ، وإن وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم ، لأن كل واحد من المتهمين قد وهب له جزء مشاع .

ولنا حديث عمرو بن سلمة في الفصل ، ولائنه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم ، ولائنه مشاع فأشبهه مالا ينقسم . وقولهم : إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح ، فإنه لم يمنع صحته في البيع فكذا ههنا ، ومتى كانت الهبة لائنين فقبضاه بإذنه ثبت ملكهما فيه ، وإن قبضه أحدهما ثبت الملك في نصيبه أما قوله ما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته ، فظاهر في عموم ثبوت الملك بالقبض بالهبة فيها يجوز امتلاكه بالعوض ، والجواز هنا اعتبار الشيء في حق حكمه ، وأما صحته بانعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر ؛ ويثبت حكمه وفي معنى البيع ، قال الشافعي رضي الله عنه ولو تغيرت عند الموهوب له بزيادة كان له أخذها وكان كالرجل يبيع الشيء وله فيه الخيار .

ولما كانت الهبة تملك للمعين في الحياة لم يجوز تعليقها على شرط كالبيع ، فإن علقها على شرط كقول النبي صلى الله عليه وسلم لا م سلمة إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك ، كان وعداً ، وإن شرط في الهبة شروطاً تنافي مقتضاها نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أم لا ، تهبه أو لا تبيعه أو بشرط أن تهبه أو تبيعه أو بشرط أن تهب فلانا شيئاً لم يصح . وفي صحة الهبة وجهان على الشروط الفاسدة في البيع ، وإن وقت الهبة ، فقال وهبتك هذا سنة ثم يعود إلى لم يصح ، لأنه عقد تملك لمعين فلم يصح مؤقتاً .

وجملة ذلك أن التملك إذا كان لمعين بغير عوض عن غير احتياج كالهبة ، فإن كان عن احتياج فصدقة ، فإن كان للمنفعة بغير عوض فعسارية أو بدووض فإجارة وإن كان للمعين بعوض فبيع .

(فرع) لا يجوز هبة المجهول أو غير المملوك أو جمعه في الذمه . قال النووي

ومالا يجوز بيعه كجهول ومغضوب لمن لا يقدر على انتزاعه ، وضال وآبق فلا يجوز هبته . قال الرملي : بجامع أن كلا منهما تمليك في الحياة ولا ينافيه خبر : زن وأرجح ، لأن الرجحان المجهول وقع تابعاً لمعلوم ، على أن الأوجه كون المراد بأرجح تحقق الحق حذراً من التساهل فيه ، ولا قوله صلى الله عليه وسلم للعباس رضى الله عنه في المال الذي جاء من البحرين : خذ منه — الحديث ، لأن الظاهر أن ما ذكر في المجهول إنما هو بالمعنى الأخص بخلاف هديته وصدقته فيصحان فيما يظهر ، وإعطاء العباس الظاهر صدقه لا هبة ، لكونه من جملة المستحقين .

وقد اختلف الفقهاء في ترك الدين المستقر الذي في الذمة للمدين ، فقال أبو حنيفة والثوري وإسحاق : إن وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه لم يصح . وقال أحمد : إذا كان لك على رجل طعام قرضاً فبعه من الذي هو عليه بنقد ، ولا تبعه من غيره عرضاً بمالك عليه .

وقال الشافعي : إن كان الدين على معسر أو عاقل أو جاحد له لم يصح البيع لأنه معجوز عن تسليمه ، وإن كان على مليء باذل له ففيه قولان .

(أحدهما) يصح لأنه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح ، كما لو اشترى في ذمته وبشروط أن يشتريه بعين أو يتقابضان في المجلس لئلا يكون بيع دين بدين .

(والثاني) لا يصح . وفي نهاية المحتاج بحث حول ترك الدين المستقر الذي في الذمة للمدين لغيره هل يعد هبة أم يعد إبراء لحسب بأنه لا يعد هبة في الأصح لأنه غير مقدور على تسليمه ، فإن قلنا : بصحة بيعه لغير من هو عليه قياساً على بيع الموصوف فإنه لا يوهب والدين مثله بل أولى ، وفرق ما بين صحة بيعه وعدم صحة هبته بأن بيع ما في الذمة التزام لتحصيل المبيع في مقابلة الثمن الذي استحققه والالتزام فيها صحيح بخلاف هبته فإنها لا تتضمن الالتزام إذ لا مقابل فيها ، فكانت بالوعد أشبه فلم يصح .

ووارد على مالا يجوز بيعه من المجهول أنه إذا خلط متاعه بمتاع غيره فوهب أحدهما نصيبه لصاحبه فيصح مع جهل قدره وصفته للضرورة ؛ وكذلك لو قال :

أنت في حل مما تأخذ أو تعطى أي تأكل من مالى فله الأكل فقط لأنه إباحة وهي صحيحة بالمجهول بخلاف الأخذ والاعطاء قاله العبادي ، قال : وفي خذ من عنب كرمي ما شئت لا يزيد على عنقود لأنه أقل ما يقع عليه الاسم ، وما استشكل به يرد بان الاحتياط المبني عليه حق أوجب ذلك التقدير ، وأفتى القفال في : أبحث لك من ثمار بستانى ما شئت بأنه إباحة ، وظاهره أن له أخذ ما شاء ، وما قاله العبادي أحوط .

وفي الأنوار : لو قال أبحث لك جميع مافى دارى أو مافى كرمى من العنب : فله أكله دون بيعه وحمله وإطامه لغيره . وتقتصر الإباحة على الموجود فى الدار أو فى الكرم ، ولو قال أبحث لك جميع مافى دارى أكلا واستعمالا ولم يعلم المبيع لم تحصل الإباحة اهـ .

ومتى قلنا لا تصح الهبة فى غير مقدور عليه أو فيها لا يمكن تسليمه كالعبد الأبق والجل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على أخذه بهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأحمد رضى الله عنهم لأنه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح فى ذلك كالبيع والله تعالى أعلم .

قال المصنف - رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا تصح الا بالإيجاب والقبول لأنه تمليك آدمى لآدمى فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والشكاح ولا يصح القبول إلا على الفور . وقال أبو العباس يصح على التراخى ، والصحيح هو الأول ، لأنه تمليك مال فى حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع .

(فصل) ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض ، لما روت عائشة رضى الله عنها أن أباها نحلها جزاء عشرين وسقاً من ماله فلما حضرته الوفاة قال بابنية إن أحب الناس غنى بعدى لآنت وإن أعز الناس على فقر أبعدى لآنت ، وإنى كنت نحلته جزاء عشرين وسقاً من مالى ووددت أنك جذذته وحرزته وإنما هو اليوم مال الوارث وإنما هما أخواك وأختاك ، قالت هذان أخواى فمن أختاى ، قال ذو بطن بنت خارجة ، فإنى أظنها جارية ، فإن مات قبيل القبض قام وارثه مقامه ،

إن شاء قبض وإن شاء لم يقبض ، ومن أصحابنا من قال . يبطل العقد بالموت ؛ لأنه غير لازم فبطل بالموت كالعقود الجائزة ، والمنصوص أنه لا يبطل لأنه عقد يؤل إلى الأروم فلم يبطل بالموت كالبيع بشرط الخيار ؛ فإذا قبض ملك بالقبض ومن أصحابنا من قال يقين أنه ملك بالعقد ، فإن حدث منه نماء قبل القبض كان للموهوب له ، لأن الشافعي رضى الله عنه قال فيمن وهب له عبد قبل أن يهل عليه هلال شوال ، وقبض بعد ما أهل إن فطرة العبد على الموهوب له والمذهب الأول ، وما قال في زكاة الفطر فرعه على قول مالك رحمه الله .

(الشرح) خبر عائشة رضى الله عنها ، رواه مالك في الموطأ من طريق ابن شهاب عن عروة عنها ، وروى البيهقي من طريق ابن وهب عن مالك وغيره عن ابن شهاب . وعن حنظلة بن أبي سفيان عن القاسم بن محمد نحوه قال الشافعي رضى الله عنه في الأم بلغنا عن أبي بكر رضى الله عنه أنه نحل عائشة أم المؤمنين جداد عشرين وسقاً من نخل له بالعالية فلما حضره الموت قال لعائشة : إنك لم تكوني قبضتية ؛ وإنما هو مال الوارث ، فصار بين الورثة لأنها لم تكن قبضتية .

أما لغات الفصل : فإن قوله نحل عائشة أى أعطاهما والنحلة العطية ، والوسق ستون صاعاً ؛ وحزته أى قبضته ، ولو قال : حزته لكان جائزاً ولكن الحذف أفصح ، وأما قوله ذو بطن بنت خارجة . فإن ذو تاتى بمعنى الاسم الموصول في لغة طى . قال شاعرهم :

قالوا جنت فقلت كلا وربى ما جنت ولا انتشيت
ولكنى ظلمت فكدت أبكى من الظلم المبين أو بكيت
فإن الماء ماء أبى وجدى وبترى ذو حفرت وذو طويت

وقد تزوج أبو بكر رضى الله عنه ذو بطن بنت خارجة بن أبي زهير بالسنح في بني الحارث من الخزرج قريب المدينة واسمها حبيبة وبنتها أم كاثوم بنت أبي بكر رضى الله عنه ،

أما الأحكام : فإن الهبة لا تصح إلا بإذن الواهب لأنه بالخيار قبل القبض

إن شاء أقبضها وأمضاها وإن شاء رجع فيها ومنعها ، فإن قبضها الموهوب له قبل
إذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض .

وحكى عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح ، وإن لم يأذن له ، لأن
الهبة قامت مقام الاذن في القبض لكونها دالة على رضاه بالتملك الذي
لا يتم إلا بالقبض .

ومذهب الشافعي وأحمد رضي الله عنهما أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب فلم
يصح كما بعد في المجلس ، أو كما لو نهاه عن قبضها ، ولأن التسليم غير مستحق على
الواهب فلا يصح التسليم إلا بإذنه ، كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم
ثمنه ، ولا يصح جعل الهبة إذناً في القبض بدليل ما بعد المجلس ، ولو أذن
الواهب في القبض ثم رجع عن الاذن أو رجع في الهبة صح رجوعه لأن ذلك
ليس بقبض . وإن رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه ، لأن الهبة قد تمت

إذا عرف هذا عرف أن شرط الهبة الإيجاب ، كوهبتك ومالكك ومنحتك
وأكرمك وعظمتك ونخلتك . وكذا أطعمتك ولو في غير طعام كما نص عليه ،
وقبول ، كقبول ورضيت واتممت متلفظاً بإحدى هذه الكلمات أو بإشارة من
آخرس مفهومة في حقه بالقبول ، لأن القبول ينعقد بالكناية . ومن أركانها
أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب ، ومن أركانها اعتبار الفور في الصيغة ، ولا
يضر الفصل . نعم في الاكتفاء بالاذن قبل وجود القبول نظر ، لأننا إذا تصورنا
أن الواهب لا يفرق عن الراهن عند تقديمه المعين إلى المتهب إلا في الصيغة ؛ تبين
لنا أهمية الصيغة وضرورتها عند العقد واعتبار القبول على الفور لفظاً ، ولا
يكفي لفظ يحتمل القبول والرفض إلا إذا اقترن اللفظ بالقبض وتسليم اليد ،
كقوله شكراً فإنه لفظ يحتمل الاعتذار عن قبول الهبة ويحتمل القبول

وأفتى بعض الأصحاب فيمن بعث بنته وجمازها إلى دار الزوج بأنه إن قال
هذا جماز بنتي فهو ملك لها ، والا فهو عاريه ويصدق بيمينه ولا يشترط الإيجاب
والقبول في الصدقة بل يكفي الإعطاء والاخذ ، ولا في الهدية بل يكفي البعث من
هذا ويكون كالإيجاب والقبض من ذلك ، ويكون كالقبول لجرىبان عادة السلف
بل الصحابة مع النبي صلى الله عليه وسلم بذلك ؛ ومع ذلك كانوا ينصرفون فيه

تصرف الملاك فسقط ما يتوهم منه أنه كان إباحة . هذا هو الصحيح . والثاني يشترطان كالهبة . وفرق هنا بين التملك وبين نقل الحق أو البدل إلى غيره ، كإبني شاة الاضحية أو صوفها أو تنازل إحدى الضرتين عن نوبتها للأخرى

(فرع) لا يملك الموهوب الهبة إلا بقبضها ، فقد روى عروة عن عائشة رضي الله عنها أن أبا بكر رضي الله عنه نحلها جزاذ عشرين وسقاً من ماله بالعالية فلما مرض قال : يا بنيّة ما أحد أحب إليّ غني بعدى منك ، ولا أحد أعز عليّ فقراً منك ، وكنت نحلّك جزاذ عشرين وسقاً وددت أنك حزتيه أو قبضتيه ، وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختك ، فافقسوا عليّ كتاب الله عز وجل . وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : ما بال أقوام ينحلون أولادهم ، فإذا مات أحدهم قال : مالي وفي يدي . وإذا مات هو قال : كنت نحلته ولدي ، لا نحلة إلا نحلة يحرز الولد دون الوالد فان مات ورثه ،

فإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض ، فإن قلنا بأنه عقد يؤول إلى اللزوم لم يبطل بموت أحد المتعاقدين بل يقوم ورثته مقامه ، وهذا قول أكثر أصحابنا ، وهو قول أبي الخطاب من الحنابلة حيث يقول : إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الإذن في القبض والفسخ .

وان قلنا بقول بعض الأصحاب بأنه من العقود الجائزة يبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة ، وهو قول الإمام أحمد حيث قال في روايه أبي طالب وأبي الحارث في رجل أهدى هدية فلم تصل إلى المهدى إليه حتى مات ، فإنها تعود إلى صاحبها ما لم يقبضها .

وروى بإسناده عن أم كلثوم بنت سلمة قالت : لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها : اني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواق مسك ، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ؛ ولا أرى هديتي إلا مردودة عليّ ، فإن ردت فهي لك . قالت فكان ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت عليه هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة ، ووجه ضعف القول بانفساخ العقد بموت أحدهما أن ليس الممدار على القبول

بل على الأبلولة للزوم كما قررنا ، وهو جار في الهدية والصدقة أيضا ، ويجرى الخلاف في الجنون والإغماء ، ولولى المجنون قبضها قبل الافاقة

وفرق المنازلة بين المسكيل والموزون وغيرهما ، فالمسكيل والموزون لا يصح التملك بغير قبض أما في غيرهما يصح بغير القبض لما روى عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنها قال : الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض ؛ وهو قول مالك وأبي ثور . وعن أحمد روايته أخرى لا تلزم الهبة في الجميع إلا بالقبض ، وهو قول أكثر أهل العلم . قال المروزي : اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ، على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة ، ويروى ذلك عن النخعي والثوري والحسن بن صالح والعنبري والشافعي وأصحاب الرأي لما ذكرنا

ومن أصحابنا من قال : إنما يستغنى عن القبض إذا تحقق الإيجاب والقبول واستقر العقد بينهما ، ولأنه عقد تملك فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالشكاح ، وعلى هذا القول إذا حدث نماء في الهبة قبل القبض كانت للموهوب له ، والمنصوص أن النماء بعد القبض كان للموهوب

قال في الأم : وإذا وهب الرجل لرجل جاريه أو دار ، فزادت الجارية في يديه ، أو بنى الدار فليس للواهب الذي ذكر أنه وهب للثواب ولم يشترط ذلك أن يرجع في الجارية ، أي حال ما كانت زادت خيراً أو نقصت ، كما لا يكون له إذا أصدق المرأة جاريه فزادت في يديها ثم طلقها أن يرجع بنصفها زائدة . اهـ

قلت : وليست الفطرة التي لزمتم الموهوب له منفعة تعود عليه ، وإنما هي قرينة صادفت محله فلا شبهة بينهما وبين النماء ، فالنماء عائد ، والفطرة بذل وإخراج والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن وهب لغير الولد وولد الولد شيئاً وأقبضه لم يملك الرجوع فيه ، لما روى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما رفعاه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ولا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الواله فيما أعطى ولده ،

وإن وهب للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع للخبر ، ولأن الأب لا يتم في رجوعه ، لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو لإصلاح الولد ، وإن أصدق عليه فالمنصوح أن له أن يرجع كالهبة . ومن أصحابنا من قال لا يرجع ، لأن القصد بالصدقة طلب الثواب وإصلاح حاله مع الله عز وجل ، فلا يجوز أن يتغير رأيه في ذلك ، والقصد من الهبة إصلاح حال الولد ، وربما كان الإصلاح في استرجاعه لجاز له الرجوع .

وإن تداعى رجلان نسب مولود ووهبا له مالا لم يجوز لواحد منهما أن يرجع لأنه لم يثبت له بنوته ، فإن لحق بأحدهما فقيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز لأنه ثبت أنه ولده (والثاني) لا يجوز لأنه لم يثبت له الرجوع في حال العقد ، وإن وهب لولده ووهب الولد لولده فقيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه في ملك من يجوز له الرجوع في هبته (والثاني) لا يجوز لأنه رجوع على غير من وهب له فلم يجوز ، وإن وهب لولده شيئا فأفلس الولد وحجر عليه فقيه وجهان (أحدهما) يرجع لأن حقه سابق لحقوق الغرماء .

(والثاني) لا يرجع لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يجوز له الرجوع كما لو رهنه (فصل) وإن زاد الموهوب في ملك الولد أو زال الملك فيه ثم عاد إليه فالحكم فيه كالحكم في المبيع إذا زاد في يد المشتري أو زال الملك فيه ثم عاد إليه ثم أفلس في رجوع البائع ؛ وقد بيناه في التفليس

(الشرح) حديث ابن عمر وابن عباس رواه طاوس أن ابن عمر وابن عباس رفعاه إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده ، ومثل الرجل يعطي العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده . ومثل الرجل يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل المكاب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع في قبته ، أخرجه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وصححه ، وكذلك ابن حبان والحاكم وصححاه

وقد استدلل بالحديث على تحريم الرجوع في الهبة ، لأن القى حرام فالشبه به مثله ، ووقع في رواية أخرى للبخاري وغيره : كالكب يرجع في قبته ، وهي

تدل على عدم التحريم ، لأن الكلب غير متعبد فالتقيء ليس حراما عليه ، وهكذا قوله : كمثل الكلب الخ ، وتعقب بأن ذلك للمبالغة في الزجر كقوله صلى الله عليه وسلم فيمن لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم خنزير ، وأيضا الرواية الدالة على التحريم غير منافية للرواية الدالة على الكراهة على تسليم دلالتها على الكراهة فقط ، لأن الدال على التحريم قد دل على الكراهة وزيادة ، وقد قدمنا في باب نهى المصداق أن يشتري ما تصدق به من كتاب الزكاة عن القرطبي أن التحريم هو الظاهر من سياق الحديث . وقد منّا أيضا أن الأصح حملوه على التنفير خاصة لكون التقيء مما يستقذر .

ويؤيد القول بالتحريم قوله صلى الله عليه وسلم ليس لنا مثل السوء ، في حديث ابن عباس عند أحمد والبخاري . وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم : لا يحل للرجل . قال في الفتح : وإلى القول بتحريم الرجوع في الهبة بعد أن تقبض ذهب جمهور العلماء إلا هبة الوالد لولده . وذهب الحنفية والزيدية إلى حل الرجوع في الهبة دون الصدقة ، إلا إذا حصل مانع من الرجوع ، كالهبة لذى رحم ونحو ذلك من الموانع .

وقال الطحاوي : إن قوله لا يحل ، لا يستلزم التحريم . قال وهو كقوله صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغنى ، وإنما معناه لا تحل له من حيث تحل لغيره من ذوى الحاجة ، وأراد بذلك التغليظ في الكراهة

وقال الطبري : يخص من عموم هذا الحديث من وهب بشرط الثواب ومن كان والدًا والموهوب له ولده والهبة لم تقبض ، والتي ردها الميراث إلى الوهاب لثبوت الأخبار باستثناء كل ذلك . وأما ما عدا ذلك كالغنى يشيب الفقير ونحو من يصل رحمه فلا رجوع . قال : وما لا رجوع فيه مطلقا الصدقة يراد بها ثواب الآخرة . قال ابن حجر : اتفقوا على أنه لا يحوز الرجوع في الصدقة بعد القبض وقد أخرج مالك عن عمر أنه قال : من وهب هبة يرجو ثوابها فهي رد على صاحبها ما لم يشب منها . ورواه البيهقي عن ابن عمر مرفوعا وصححه الحاكم . قال ابن حجر : والمحفوظ من رواية ابن عمر عن عمر ورواه عبد الله بن موسى مرفوعا ، قيل وهو وهم وصححه الحاكم وابن حزم ، ورواه ابن حزم أيضا عن

أبي هريرة مرفوعاً بلفظ : الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها ، وأخرجه أيضاً ابن ماجه والدارقطنى ورواه الحاکم من حديث الحسن عن سمرة مرفوعاً بلفظ : اذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع . ورواه الدارقطنى من حديث ابن عباس . قال ابن حجر وسنده ضعيف .

وقال ابن الجوزى : أحاديث ابن عمر وأبي هريرة وسمرة ضعيفة وليس منها ما يصح . وأخرج الطبرانى فى الكبير عن ابن عباس مرفوعاً : من وهب هبة فهو أحق بها حتى يشاب عليها ، فان رجع فى هبته فهو كالذى بقى . وبأكل منه ، فان صححت هذه الاحاديث كانت مخصصة لعموم حديث طاوس الا أنها لم تثبت ، كما رأيت من كلام ابن الجوزى وابن حجر وغيرهما من فقهاء المحدثين .

وقد استدلل الجمهور بحديث الفصل على أن للآب أن يرجع فيما وهب لابنه ، وقال أحمد : لا يحل للواهب أن يرجع فى هبته مطلقاً ، ويؤيد ماذهب اليه الجمهور حديث عائشة عند أحمد والبخارى ومسلم وأبى داود والترمذى مرفوعاً : ان أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وان أولادكم من كسبكم ، وفى لفظ : ولد الرجل من أطيب كسبه فكلوا من أموالهم هنيئاً ، رواه أحمد

وحديث جابر أن رجلاً قال : يا رسول الله ان لى مالا وولداً وان أبى يريد أن يحتاج مالى ، فقال : أنت ومالك لأبيك ، رواه ابن ماجه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن أعرابياً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ان أبى يريد أن يباح مالى ، فقال أنت ومالك لوالدك ، ان أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وان أولادكم من كسبكم ، فكلوه هنيئاً ، رواه أحمد وأبو داود .

وقال الشافعى رضى الله عنه وأبو حنيفة ومالك : ليس للوالد أن يأخذ من مال ولده الا بقدر حاجته : لحديث : ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام ، الخ . الحديث متفق عليه

وقال النووى فى المنهاج والآب الرجوع فى هبته ولده وكذا أسائر الاصول على المشهور قال الرملى ، بالمعنى الاعم الشامل للهدية والصدقة على الراجح ،

بل يوجد النصريح بذلك في بعض النسخ ، ولا يتعين الفور ، بل له ذلك متى شاء . وإن لم يحكم به حاكم . أو كان الولد صغيراً فقيراً مخالفاً ديناً للخبر وساقه . واختص بذلك لانتفاء التهمة فيه ، إذ ما طبع عليه من إيثارة لولده على نفسه . يقضى بأنه إنما رجع لحاجة أو مصلحة . ويكره الرجوع من غير عذر ، فإن وجد ككون الولد عاقاً ، أو يصرفه في معصية أنذره به فإن أصر لم يكره .

وبحث الإسنوى نذبه في العاصي وكرهته في العاق إن زاد عقوقه ونذبه إن أزاله وإباحته إن لم يقدش شيئاً . والأذرعى ذهب إلى عدم كراهته إن احتاج الأب لنفقة أو دين ، بل نذبه حيث كان الولد غير محتاج له ، ووجوبه في العاصي إن غلب على الظن تعيينه طريقاً إلى كفه عن المعصية . ويمتنع الرجوع كما يحنه الملقيني في صدقة واجبة كنذر وزكاة وكفارة ، وكذا في لحم اضحية تطوع ، لأنه إنما يرجع ليستقل بالتصرف وهو ممتنع هنا .

وكذا له الرجوع لسائر الأصول وإن علوا أو سفلوا على المشهور . وأفهم كلامه اختصاص الرجوع بالواهب فلا يجوز ذلك لأبيه لو مات ولم يرثه فرعه الموهوب له لما منع قام به وورثه جده ، لأن الحقوق لا تورث وحدها إنما تورث بتبعية المال وهو لا يرثه . ولا يملك الوالد الرجوع إلا إذا كانت باقيه في ملك الابن ، فإن خرجت عن ملكه لم يكن له الرجوع فيها لأنه ابطل لغير ملك الابن فإن عادت إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو ارث أو وصية لم يملك الرجوع أيضاً لأن ملكهم لم يستفده من جهة أبيه ، أما إن عادت بفسخ أو اقالة فله الرجوع على أحد الوجهين .

(فرع) إذا تداعى رجلان نسب مولود ووهب له كل منهما مالا فليس لواحد منهما أن يرجع في هبته لأن نسبه لم يثبت لواحد منهما . أما إذا لحق بأحدهما فقيه وجهان (أحدهما) يجوز لثبوت البنوة (والثاني) لا يجوز لأنه لم يكن ثبت له الرجوع في حال العقد والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن وهب شيئاً لمن هو دونه لم يارثه أن يشيد بموض . لأن

م ٢٥ ج ١٥ المجموع

القصد من هبته الصلة فلم تجب المكافأة فيه بعوض كالأدق . وإن وهب لمن هو مثله لم يلزمه أيضاً ^أ يشبهه ، لأن القصد من هبته اكتساب المحبة . وتأكيد الصداقه ، وإن وهب لمن هو أعلى منه ففيه قولان ، قال في القديم : لم يلزمه أن يشبه عليه بعوض ، لأن العرف في هبة الأدنى الأعلى أن يلتزم به العوض فيصير ذلك كالمشروط .

وقال في الجديد : لا يجب لأنه تملك غير عوض فلا يوجب المكافأة بعوض كهبته النظر للنظر فإن قلنا : لا يجب فشرط فيه ثواباً معلوماً ففيه قولان (أحدهما) يصح لأنه تملك مال بمال لحاز كالبيع ، فعلى هذا يكون كبيع بلفظ الهبة في الربا والخيار وجميع أحكامه .

(والثاني) أنه باطل ، لأنه عقد لا يقتضي العوض فيبطل شرط العوض كالرهن ، فعلى هذا حكمه حكم البيع الفاسد في جميع أحكامه ، وإن شرط فيه ثواباً محمولاً بطل قولاً واحداً لأنه شرط العوض ، ولأنه شرط عوضاً محمولاً وإن قلنا أنه يجب العوض ففي قدره ثلاثة أقوال

(أحدهما) أنه يلزمه أن يعطيه إلى أن يرضى ، لما روى ابن عباس رضي الله عنه أن أعرابياً وهب للنبي صلى الله عليه وسلم هبة فأثابه عليها . وقال أروست قال لا ، فزاده وقال أروست ؟ فقال نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لقد هممت أن لا أتعب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقي ،

(والثاني) يلزمه قدر قيمته لأنه عقد يوجب العوض ، فإذا لم يكن مسمى وجب عوض المثل كالنكاح .

(والثالث) يلزمه ما جرت العادة في ثواب مثله ، لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره في العرف ، فإن قلنا أنه يجب العوض فلم يعطه ثبت له الرجوع ، فإن تلفت العين رجع بقيمتها ، لأن كل عين ثبت له الرجوع بها إذا تلفت وجب الرجوع إلى بدلها كالمبيع . ومن أصحابنا من قال لا يجب لأن حق الواهب في العين ، وإن نقصت العين رجع فيها ، وهل يرجع بأرش ما نقص ؟ فيه وجهان كالوجهين في رد القيمة إذا تلفت .

وإن شرط عوضاً محمولاً لم تبطل ، لأنه شرط ما يقتضيه العقد ، لأن العقد

على هذا القول يقتضى عوضا مجهولا ، وإن لم يدفع اليه العوض وتاف الموهوب ضمن العوض بلا خلاف ، وإن شرط عرضا معلوما ففيه قولان (أحدهما) أن العقد يبطل ، لأن العقد يقتضى عوضا غير مقدر فبطل بالتقدير (والثاني) يصح لأنه إذا صح بعوض مجهول فلأن يصح بعوض معلوم أولى

(فصل) وإن اختلف الواهب والموهوب له ، فقال الواهب وهبتك ببذل وقال الموهوب له : وهبتنى على غير بدل . ففيه وجهان . أحدهما أن القول قول الواهب ، لأنه لم يقر لخروج الشيء من ماله إلا على بدل . والثاني أن القول قول الموهوب له ، لأن الواهب أقر له بالهبة وادعى بدلا الأصل عدمه .

(الشرح) حديث ابن عباس رواه أحمد وابن حبان . وقال الهيثمى : رجال أحمد رجال الصحيح ، وأخرجه أبو داود والنسائي من حديث أبي هريرة بنحوه ، وطوله الترمذى ورواه من وجه آخر ، وبين أن الثواب كان ست بكرات ، وكذا رواه الحاکم وصححه على شرط مسلم .

وقد روى أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى من حديث عائشة رضى الله عنها قالت : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها ، أى يعطى المهدى بدلا .

والمراد بالثواب المجازات وأقله ما يساوى قيمة الهدية ، ولفظ ابن أبي شيبة ويثيب ما هو خير منها . وقد أعل حديث عائشة بالإرسال . قال البخارى : لم يذكر وكيع ومحاضر عن هشام عن أبيه عن جده عن عائشة ، وقد استدل بعض المالكية به على وجوب المكافأة على الهدية إذا أطلق المهدى وكانت بمنزلة بطلب الثواب ، كالفقير للغنى بخلاف ما يهيه الأعلى الأدنى

ووجه الدلالة منه مواظبته صلى الله عليه وسلم ، ومن حيث المعنى أن الذى أهدي قصد أن يعطى أكثر مما أهدي ، فلا أقل من أن يعوض بنظير هديته ، وبه قال الشافعى فى القديم ، ويجاب بأن مجرد الفعل لا يدل على الوجوب ، ولو وقعت المواهب كما تقرر فى الأصول

وذهبت الحنفية والشافعى فى الجديد أن الهبة للثواب باطلة لا تنعقد لأنها بيع

مجهول ، ولأن موضع الهبة التبرع . وفي رواية الفصل : إلا من قرئ الخ ، وفي رواية أبي داود ، وإيم الله لا أقبل هدية بعد يومى هذا من أحد إلا أن يكون مهاجراً أو قرشياً أو أنصاري أو دونسياً أو ثقفياً ، وسبب همه صلى الله عليه وسلم بذلك ما رواه الترمذى من حديث أبي هريرة قال : أهدى رجل من فزارة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ناقة من إبله فعوضه منها بعض العوض فتسخطه ، فسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر : إن رجلاً من العرب يهدى أحدهم الهدية فأعوضه عنها بقدر ما عندي فيظل يسخط عليّ ، الحديث . وقد كان ابن رسلان يحكى أن بعض أهل العلم والفضل يمتنع هو وأصحابه من قبول الهدية من أحد أصلاً لا من صديق ولا من قريب ولا غيرهما . وذلك لفساد النيات في هذا الزمان .

أما أحكام الفصل فقد قال النووي في المنهاج : ولا رجوع لغير الأصول في هبة مقبولة بنى الثواب . ومتى وهب مطلقاً فلا ثواب إن وهب لدونه وكذا لأعلى منه في الأظهر . قال في النهاية : كما لو أعاره داره إلخا للأعيان بالمنافع . ولأن العادة ليس لها قوة الشرط في المعاوضات (والثاني) يجب الثواب لا طراد العادة بذلك ، وكذلك لا ثواب له وإن نواه إن وهب لنظيره على المذهب ، لأن القصد من مثله الصلة وتأكيد الصداقة

والطريق الثاني : طرد القولين السابقين ، واللهدیه في ذلك كالمیه كما قاله النووي تفقها ونقله في الكفاية عن تصريح البندنجى ومثل ذلك الصدقة . وان اختار الأذرعى دليلاً أن العادة متى اقتضت الثواب وجب هو أو رد الهدية والأوجه كما بحثه أيضاً أن التردد ما إذا لم يظهر حالة الإهداء قرينة حاله أو لفظية دالة على طلب الثواب ، والا وجب هو أو الرد لا محالة

ولو قال : وهبتك ببدل . فقال بل بلا بدل ، صدق المنتهب بيمينه ، لأن الأصل عدم البدل . ولو أهدى له شيئاً على أن يقضى له حاجة فلم يفعل لزمه رده إن بقي والا فبدله كما قاله الاصطخرى ، فإن كان فعلها حل ، أى وإن تعين عليه تخليصه بناء على الأصح أنه يجوز أخذ العوض على الواجب إذا كان فيه كفاية ، خلافاً لما يؤممه كلام الأذرعى وغيره هنا

فإن وجب الثواب على مقابل المذهب أو على البحث الممار لتلف الهدية أو عدم إرادة المتهب ردها فهو قيمة الموهوب ، أى قدرها يوم قبضه ، ولو مثلها فى الأصح ، فلا يتعين للثواب جنس من الاموال بل الخيرة فيه المتهب ، والثانى يلزمه ما بعد ثوابا لمثله عادة ، وقيل الى أن يرضى ولو بإضعاف قيمته ، فإن قلنا بوجوب إنابته ولم يشبه هو ولا غيره فله الرجوع فى هبته ان بقيت وبدلها ان تلفت ولو وهب بشرط ثواب معلوم عليه ، كوهبتك هذا على أن تثيبني كذا فقبل فلا ظهر صحة العقد نظراً للمعنى اذ هو معاوضة بمال معلوم نصح ، كما لو قال بعثك ، والثانى بطلانه نظراً الى اللفظ لتناقضه ، فإن لفظ الهبة يقتضى التبرع ، ومن ثم يكون بيعاً على الصحيح ، فيجوز فيه عقب العقد أحكامه كالتحارين كما مر بما فيه ؛ والشفعة وعدم توقف الملك على القبض ، والثانى يكون هبة نظراً للفظ فلا تلزم قبل القبض أو بشرط ثواب مجهول فالذهب بطلانه لتعذر صحته بيعاً لجهالة العوض ، وهبة لذلك الثواب بناء على الأصح أنها لا تقتضيه ، وقيل تصح هبة بناء على أنها تقتضيه

ولو بعث هدية لم يعدده بالبائ لجواز الامرين كما قاله أبو على خلافاً لنصيب الحريرى تعين تعديته بها فى ظرف ، أو وهب شيئاً فى ظرف من غير بغث ، فإن لم تجر العادة برده ، كقوسرة تمر (وهى الوعاء الذى يكنز فيه من نحو خوص ولا يسمى بذلك الا وهو فيه ، والا فزنبيل) وكعلبه حلوى فهو هدية أو هبة أيضاً تحكيماً للعرف المطرد

وكتاب الرسالة يملكه المكتوب اليه ان لم تدل قرينه على عوده ؛ قاله المنولى وهو أوجه من قول غيره أنه باق على ملك الكاتب ويملك المكتوب له الانتفاع به على وجه الاباحة ، والا ان اعتيد رده أو اضطربت العادة كما افتضاء ابن المقرئ فلا يكون هدية ، بل أمانته فى يده كالوديعة ، ويحرم استعماله لأنه انتفاع بملك غيره بغير اذنه الا فى أكل الهدية منه ان اقتضته العادة عملاً بها ، ويكون طارئة حينئذ ويسن رد الوعاء حالا ، قال الاذرعى : وهذا فى ما كول ، أما غيره فيختلف رد ظرفه باختلاف عادة النواحي ، فيتجه فى كل ناحية بعرفهم وفى كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم ، ولو ختن ولده وحملت له هدايا ملكها الأب .

وقضية ذلك أن ما جرت به عادة بعض أهل البلاد من وضع طاسة (صينية) بين يدي صاحب الفرح ليضع الناس فيها دراهم : وفي الاسكندرية رأيت الناس يكتبون قائمة بأسماء الواهبين ومقدار ما دفعوه في الطاسة وهم حريصون على رد ما يأخذونه في أفراح من أعطوهم وربما زاد بعضهم على ما أخذ ، وفي القاهرة تفشو هذه العادة إلا أن الحرص على الرد أقل من الاسكندرية ،

قال الرملي : ثم يقسم على المزين ونحوه يجرى فيه ذلك التفصيل : فإن قصد المزين وحده أو مع نظرائه المعساوين له عمل بالقصد ، وإن أطلق كان ملكا لصاحب الفرح يعطيه لمن يشاء ، وبهذا يعلم عدم اعتبار العرف هنا ، أما مع قصد خلافه فظاهر ، وأما مع الاطلاق فلأن حمله على من ذكر من الأب والخدام وصاحب الفرح نظراً للغالب أن كلا من هؤلاء هو المقصود هو عرف الشرع ، فيقدم على العرف المخالف له بخلاف ما لا عرف للشرع فيه فيحكم بالعادة فيه .

قال الشافعي رضي الله عنه : إذا وهب الرجل لرجل شقصاً من دار فقبضه ثم عرضه الموهوب له شيئاً فقبضه الواهب سئل الواهب ، فإن قال : وهبتها للثواب كان فيها شفعة ، وإن قال : وهبتها لغير الثواب لم يكن فيها شفعة ؛ وكانت المكافأة كابتداء الهبة ، وهذا كله في قول من قال : للواهب الثواب إذا قال أردته فأما من قال : لا ثواب للواهب إن لم يشترطه في الهبة فليس له الرجوع في شيء وهبه ولا الثواب منه ، قال الربيع وفيه قول آخر ، وإذا وهب واشترط الثواب قاله باطلاً من قبل أنه اشترط عوضاً مجهولاً ، وإذا وهب لغير الثواب وقبضه الموهوب فليس له أن يرجع في شيء وهبه ، وهو معنى قول الشافعي : وإذا وهب الرجل لرجل هبه فلم يقبضها الموهوبة له حتى مات ، فإن أبا حنيفة كان يقول : الهبة في هذا باطل لا تجوز وبه يأخذ ، ولا يكون له وصيه إلا أن يكون ذلك في ذكر وصيه ، وكان ابن أبي ليلى يقول : هي جائزة من الثلث اه .

(فرع) إذا اختلف الواهب والموهوب فقال الواهب : بيدك ، وقال الموهوب له على غير بيدك فوجهان .

أحدهما : القول قول الواهب لأنه منكر لخروج الشيء من ملكه بغير بدل

والثاني : القول قول الموهوب ، لأن المقر بالهبة والأصل فيها عدم البطل ؛ وقد ادعاه الواهب وأنكره الموهوب فالقول قول المنكر . ولو وهبه وأقبضه ومات فادعى الوارث صدوره في المرض ، وادعى المنتهب كونه في الصحة صدق المنتهب بيمينه ، ولو أقاما بينتین قدمت بينة الوارث لأن معها زيادة علم ، ثم محل ما تقرر إن كان الولد حراً ، ولو أبرأه من دين له عليه لم يملك الرجوع سواء أقلنا : إنه تملك أم إسقاط ، إذ لا بقاء للدين فأشبهه ما لو وهبه شيئاً فتلف ، واثقه تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب العمرى والرقبى

العمرى هو أن يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك ، أو جعلتها لك عمرتك وفيها ثلاث مسائل (إحداها) أن يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك بعدك ؛ فهذه عطية صحيحة ، تصح بالإيجاب والقبول ، ويملك فيها بالقبض ، والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذى أعطىها لا ترجع إلى الذى أعطىها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ، والثانية أن يقول : أعمرتك هذه الدار حياتك ، ولم بشرط شيئاً ففيه قولان .

قال في القديم هو باطل لأنه تملك عين قدر بمدة فأشبهه إذا قال أعمرتك سنة أو أعمرتك حياة زيد . وقال في الجديد : هو عطية صحيحة ، ويكون للعمر فى حياته ولورثته بعده وهو الصحيح ، لما روى جابر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من أعمر عمرى حياته فهو له ولعقبه من بعده يرثها من يرثه من بعده ، ولأن الأملأك المستقرة كلها مقدرة بحياة المألك ، وتنتقل إلى الورثة ، فلم يكن ما جعله له فى حياته منافياً لحكم الأملأك (والثالثة) أن يقول : أعمرتك حياتك ، فإن مات عادت إلى إن كنت حياً وإلى ورثتى إن كنت ميتاً فهو كالمسئلة الثانية ، فتكون على قولين .

أحدهما : تبطل . والثاني تصح لانه شرط أن تعود اليه بعد ما زال ملكه أو إلى وارثه ، وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر في حق المعمر فيصير وجوده كعدمه .

(فصل) وأما الرقي فهو أن يقول : أرقبتك هذه الدار أو دارى لك رقي ومعناه وهبت لك وكل واحد منا يرقب صاحبه ، فإن مت قبلى عادت إلى ، وإن مت قبلك فهي لك ، فتكون كالمسئلة الثالثة من العمرى ، وقد بينا أن الثالثة كالثانية فتكون على قولين ، وقال المزني : الرقي أن يجعلها لا آخرهما موتا وهذا خطأ ، لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما أن النبي (ص) قال من دأمر عمرى أو أرقب رقي فهي للمعمر يرثها من يرثه .

(فصل) ومن وجب له على رجل دين جاز له أن يبرئه من غير رضاه ، ومن أصحابنا من قال : لا يجوز الا بقبول من عليه الدين لأنه تبرع يفتقر الى تعيين المتبرع عليه فافتقر الى قبوله كالوصية والهبة ، ولأن فيه التزاما منه فلم يملك من غير قبوله كالهبة ، والمذهب الأول ، لانه إسقاط حق ليس فيه تمليك مال فلم يعتبر فيه القبول كالعتق والطلاق ، والعفو عن الشفعة والقصاص ، ولا يصح الإبراء من دين مجهول لانه إزالة ملك لا يجوز تعليقه على الشرط فلم يجوز مع الجمالة كالبيع والهبة .

(الشرح) حديثا جابر أخرجهما أحمد والبخارى ومسلم بإفظاء : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمرى لمن وهبت له ، وفي لفظ : عند أحد ومسلم قال : أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فن أعر عمرى فهي لأذى أهر حيا وميتا ولعقبه ، وفي رواية عند أحمد والبخارى ومسلم وأبي داود والترمذى : العمرى جائزة لأهلها والرقى جائز لأهلها .

وفي رواية : لأحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه : من أعر رجلا عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها ، وهي لمن أعر وعقبه ، وفي رواية لأبي داود والنسائي والترمذى وصححه : أيما رجل أعر عمرى له ولعقبه فإنها لأذى يعطاها لا ترجع الى من أعطاهما لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ، وفي رواية عند

أحمد ومسلم ، إنما العمري التي أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول
 هي لك ولعقبك ، فأما إذا قال : هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها ، وفي
 رواية عند النسائي ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالعمري أن يهب الرجل
 للرجل ولعقبه الهبة ويستثنى إن حدث بك حدث ولعقبك فهي إلى وإلى عقب
 إنها لمن أعطى ولعقبه ، ورواه الشافعي عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن
 طاوس عن جسر المدري عن زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل
 العمري للوارث ، ورواه عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن جابر مرفوعا
 « لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أكرم شيئا أو أرقبه فهو سبيل الميراث » .

أما حديث عبد الله بن الزبير فقد رأيت نظيره عن أبي هريرة وزيد بن ثابت
 وفيه النهي عن الرقي « لا ترقبوا » من أرقب شيئا فهو سبيل الميراث ، وفي لفظ
 « الرقي جائزة » ، وهي عند أحمد وأبي داود والنسائي ، وفي لفظ « عند أحمد » جعل
 الرقي للوارث ، ورواه أحمد والنسائي عن ابن عباس قال : قال رسول الله (ص)
 « لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أكرم شيئا أو أرقبه فهو له حياته ومماته » .

قال الربيع : سألت الشافعي عن أكرم عمري له ولعقبه فقال : هي للذي
 يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاه . فقلت : ما الحججة في ذلك ، قال : السنة ثابتة
 من حديث الناس ، وحديث مالك رضي الله عنه : أخبرنا مالك عن ابن شهاب
 عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر مرفوعا « إنما رجل أكرم عمري له
 ولعقبه فإنها للذي يعطاها لا ترجع إلى الذي أعطاه لأنه أعطى عطاء وقعت
 فيه الموارث » .

قال الشافعي : وبهذا نأخذ وبأخذ عامة أهل العلم في جميع الأمصار بغير المدينة
 وأكابر أهل المدينة . وقد روى هذا مع جابر زيد بن ثابت عنه صلى الله عليه وسلم
 فقلت للشافعي فإننا نخالف هذا فقال تخالفونه وأنتم تروونه عن رسول الله (ص)
 فقلت : إن حجتنا فيه أن مالكا قال : أخبرني يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن
 القاسم أنه سمع مكحولاً الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمري وما يقول الناس
 فيها فقال له القاسم ما أدركت الناس إلا وهم على شروطهم في أموالهم وفيما أعطوا

إلى أن قال الشافعي بعد حوار وحجاج . وكذلك علمنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في العمرى بخبر ابن شهاب عن أبي سلمة عن جابر وغيره عن النبي (ص) فإذا قبلنا خبر الصادقين فنرى هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم أرجح مما روى هذا عن القاسم لا يشك عالم أن ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أولى أن يقال به مما قاله ناس بعده ، قد يمكن فيهم أن لا يكونوا سمعوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بلغهم عنه شيء ، وأنهم أناس لا نعرفهم ، فإن قال قائل لا يقول القاسم قال الناس إلا الجماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أو من أهل العلم لا يجهلون للنبي صلى الله عليه وسلم سنة ولا يجتمعون أبداً من جهة الرأي ولا يجتمعون إلا من جهة السنة .

(قوله) العمرى بضم وسكون الميم مع القصر . قال في الفتح : وحكى ضم الميم مع ضم أوله . وحكى فتح أوله مع السكون وهي مأخوذة من العمر وهو الحياة سميت بذلك لأنهم كانوا في الجاهلية يعطى الرجل الرجل الدار ويقول له أعمرتك إياها ، أى أبحثها لك مدة عمرك وحياتك فقبل لها عمرى لذلك . والرقبي بوزنها مأخوذة من المراقبة ، لأن كلا منهما يرقب الآخر متى يموت لترجع إليه ، وكذا ورثته يقومون مقامه . هذا أصل اللغة

قال ابن حجر : ذهب الجمهور إلى أن العمرى إذا وقعت كانت ملكاً للآخر ، ولا ترجع إلى الأول إلا إذا صرح باشتراط ذلك ، وإلى أنها صحيحة جائزة . وحكى الطبرى عن بعض الناس والماوردى عن داود وطائفة وصاحب البحر عن قوم من الفقهاء أنها غير مشروعة ، ثم اختلف القائلون بصحتها إلى ما يتوجه التملك ، فالجمهور أنه يتوجه إلى الرقباء كسائر الهبات حتى لو كان الم عمر عبداً فأعتقه الموهوب له نفذ ، بخلاف الواهب أو يتوجه إلى المنفعة دون الرقبة ، وهو قول مالك والشافعي في القديم ،

وهل يسلك بها مسلك العارية أو الوقف ؟ روايتان عند المالكية ، وعند الحنفية التملك في العمرى يتوجه إلى الرقبة ، وفي الرقبي إلى المنفعة ، وعنهم أنها ماطلة .

وقد حصل من مجموع الروايات ثلاثة أحوال (الأول) أن يقول أحمر تركها ويطلق . ثم — هذا تصريح بأنهم للموهوب له . وحكمها حكم المؤبدية لا ترجع إلى الواهب . وبذلك قالت الحنفية ومالك . لأن المطلقه عندهم حكمها حكم المؤبدية . وهو أحد قولى الشافعى رضى الله عنه والجمهور . وله قول آخر أنها تكون عارية ترجع بعد الموت الى المالك . وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن المطلقة للمعمر ولورثته من بعده كما تفيد الأحاديث التى مضى ذكرها

الحال الثانى : أن يقول هى لك ما عشت ، فإذا مت رجعت إلى — فهذه عارية مؤقتة ترجع الى المعير عند موت المعمر . وبه قال أكثر العلماء ، ورجحه جماعة من أصحابنا ، والأصح عند أكثرهم لا ترجع إلى الواهب . واحتجوا بأنه شرط فاسد فيلغى .

واحتجوا بحديث جابر ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم حكم على الأنصارى الذى أعطى أمه الحديقة حياتها أن لا ترجع اليه ، بل تكون لورثتها ونصه : أن رجلا من الأنصار أعطى أمه حديقة من نخيل حياتها فماتت فجاء إخوته فقالوا نحن فيه شرع سواء . قال فأبى ، فاختصموا إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقسمها بينهم ميراثاً ، رواه أحمد

وبؤيده حديث أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى العمرى مع الاستثناء بأنهم لمن أعطوها ، وبعارض ذلك ما فى حديث جابر أيضا بلفظ : فأما إذا قلت : هى لك ما عشت فإنها ترجع الى صاحبها ، وليكنه قال معمر كان الزهرى يفتى به

الحال الثالث : أن يقول هى لك ولعقبك من بعدك ، أو يأتى بلفظ يشعر بالبايد ، فهذه حكمها حكم الهبة عند الجمهور ،

وروى عن مالك أنه يكون حكم الوقف إذا انقضى المعمر وعقبه رجعت الى الواهب ، والأحاديث القاضية بأنهم مالك للموهوب ولعقبه ترد عليه وقد ورد عن على رضى الله عنه أن العمرى والرقبى سواء . وقال طاوس : من أرقب شيتا فهو على سبيل الميراث .

وقال الزهرى : الرقبى وصية — يعنى إذا أنامت فهذا لك — وقال الحسن

ومالك وأبو حنيفة : الرقي باطلة ، لما روى أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل الرقي . وقال أحمد : هذا حديث لا نعرفه ، ولا نسلم أن معناها ما ذكره . والخلاصة :

إذا شرط في العمرى أنها للمعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للمعمر وورثته ، وهذا قول جميع الفائلين بها ، وإذا أطلقها فهي للمعمر وورثته أيضا لأنها تمليك للرقبة فأشبهت الهبة ، فان شرط أنك إذا مت فهي لي ، فمن أحمد في إحدى الروايتين عنه والشافعي في القديم والقاسم بن محمد وزيد بن قسيط والزهرى ومالك وأبو سملة بن عبد الرحمن وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود : صحه العقد والشرط ، ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر

وعن أحمد في الرواية الأخرى عنه ، وهو ظاهر مذهبه ، والشافعي في الجديد وأبو حنيفة أنها تكون للمعمر

إذا ثبت هذا فان العمرى تصح في العقار وغيره من الحيوان والنبات لأنها نوع هبة فصحت في ذلك كسائر الهبات

ومن ثم إذا قال : سكنى هذه الدار لك عمرك أو أسكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعقد لازم لأنه في التحقيق هبة المنافع ، والمنافع إنما تستوفي بمضي الزمان شيئاً فشيئاً ، فلا تلزم إلا في قدر ما قبضه منها واستوفاه بالسكنى ، وللسكن الرجوع متى شاء ، وأيهما مات بطلت الإباحة ، وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى ، منهم الشعبي والثوري والنخعي والشافعي وأصحاب وأصحاب الرأي ، وروى معنى ذلك عن حفصه رضى الله عنها ، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الوصايا

من ثبتت له الخلافة على الأمة جاز له أن يوصي بها إلى من يصلح لها ، لأن
أبا بكر رضي الله عنه وصى إلى عمر ووصى عمر رضي الله عنه إلى أهل الشورى
رضي الله عنهم ورضيت الصحابة رضي الله عنهم بذلك

(فصل) ومن ثبتت له الولاية في مال ولده ولم يكن له ولي بعده جاز له أن
يوصي إلى من ينظر في ماله لما روى سفيان بن عيينة رضي الله عنه عن هشام بن
عروة قال : أوصى إلى الزبير تسعة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، منهم
عثمان والمقداد وعبد الرحمن بن عوف وابن مسعود رضي الله عنهم فكان يحفظ
عليهم أموالهم وينفق على أبنائهم من ماله ، وإن كان له جد لم يحز أن يوصي إلى
غيره لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع فلا يجوز نقلها عنه بالوصية

(الشرح) الوصايا جمع وصية كعطايا وعطية مأخوذة من قولهم : وصيت
الشيء أصيه من باب وعد وصلته ، ووصيت إلى فلان توصية وأوصيت إليه
أيصاه ، وفي السبعة (فمن خاف من موصل) بالتخفيف والتثقيب ، والاسم
الوصاية بالكسر والفتح لغة ، وهو وصى فعيل بمعنى مفعول والجمع الاوصياء ،
وأوصيت إليه بمال جعلته له ، وأوصيته بولده استعطفته عليه . وهذا المعنى
لا يقتضي الإيجاب ، وأوصيته بالصلاة أمره بها . قال تعالى : ذاكم وصاكم به
لعلكم تتقون ، وقوله : يوصيكم الله في أولادكم ، أي يأمركم . وفي حديث خطب
رسول الله صلى الله عليه وسلم فأوصى بتقوى الله ، أي أمر فيعم الأمر بأي لفظ
كان ، وهي في الشرع عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت

والوصية في الخلافة أن يعهد لمن يصلح لها من بعده بتوليها . والوصية بالمال
التبرع به بعد الموت ، والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع . وأما الزبير فإنه
ابن عمه رسول الله (ص) وأحد العشرة المبشرين بالجنة . وأحد الستة الذين مات
رسول الله (ص) وهو عنهم راض ، وكان مع النبي (ص) على حراء فتحرك فقال
اسكن حراء فما عليك إلا نبي أو صديق أو شهيد ، وكان عليه أبو بكر وعمر
وعثمان وطلحة والزبير .

وخبر ابن عيينة الذي ساقه المصنف رويناه في مسند أحمد عن سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه قال : أوصى إلى الزبير سبعة من الصحابة ، منهم عثمان وابن مسعود وعبد الرحمن ؛ فكان ينفق على الورثة من ماله ، ويحفظ أموالهم ومناقب الزبير أجل من أن تحصى ، ساق الذهبي بعضها في سير أعلام النبلاء .

قال تعالى : كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية ، إلخ . الآية ، قال مجاهد : الخير في القرآن كله المال (وإنه لحب الخير لشديد) (إنى أحببت حب الخير عن ذكر ربي) (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) وقال شعيب (إنى أراكم بخير) أى يغنى وأوجه ما قيل في الخير في القرآن ما قاله الشافعى رضى الله عنه : الخير كلمة يراد ما أريد بها بالمخاطبة بها .

قال تعالى : أولئك هم خير البرية ، فقلنا : إنهم خير البرية بالإيمان وعمل الصالحات لا بالمال ، وقال تعالى : أولئك لهم خير ، فقلنا : إن الخير المنفعة بالاجر لا أن لهم مالا ، وقال : إن ترك خيراً الوصية ، فقلنا : إن ترك مالا ، لأن المال هو المتروك . وفي الوصية الأقربين ثلاثة تأويلات .

(أحدها) أنهم الأولاد الذين لا يسقطون في الميراث دون غيرهم من الأقارب الذين يسقطون .

(والثاني) أنهم الورثة من الأقارب كلهم .

(والثالث) أنهم كل الأقارب من وارث وغير وارث ، فدل ذلك على وجوب الوصية للوالدين والأقربين حقاً واجباً وفرضاً لازماً ، فلما نزلت آية الموارث فسخ فيها الوصية للوالدين وكل وارث وبقي فرض الوصية لغير الورثة من الأقربين على حاله ، وهو قول طاوس وقتادة والحسن البصرى وجابر بن زيد .

واختلاف في القدر الذى يجب عايه أن يوصى منه على أقاويل .

(أحدها) أنه ألف درهم ، وهو قول على بن أبى طالب (والثاني) خمسمائة وهذا قول النخعي (والثالث) تجب في قليل المال وكثيره ، وهذا قول الزهرى

فهذا قول من جعل حكم الآية ثابتاً ، وذهب الفقهاء وجمهور أهل التفسير إلى نسخها بالمواريث ، واختلفوا بأى آية نسخت ، فقال ابن عباس نسخت بآية الوصايا بقوله تعالى : للرجال نصيب مما ترك ، الخ وقال آخرون نسخت بقوله تعالى : وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض ، الآية .

والوصية على ثلاثة أقسام قسم لا يجوز وقسم يجوز ولا يجب وقسم مختلف في وجوبه فأما التى لا يجوز فالوصية للوارث لحديث شرحبيل بن مسلم عن أبى أمامة سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : إن الله تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث ، وأما التى تجوز ولا تجب فالوصية للأجانب وهذا مجمع عليه ، وقد أوصى البراء بن معرور للنبى صلى الله عليه وسلم بثلاث ماله فقبله ثم رده على ورثته . وأما التى اختلف فيها فالوصية للأقارب ، وذهب أهل الظاهر مع من قدمنا ذكره فى تفسير الآية إلى وجوبها للأقارب تعلقاً بظاهر قوله تعالى : الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين ، وبما ورد عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال من مات من غير وصية مات ميتة جاهلية ، والدليل على أنها غير واجبة للأقارب والأجانب ، ما روى ابن عباس وعائشة وابن أبى أوفى رضى الله عنهم أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يوص ، وحديث سعد بن أبى وقاص الذى فيه : إنك إن تدع ورثتك أغنياء خيراً من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس ، فاقنعهم صلى الله عليه وسلم فى الوصية على ما جعله خارجاً مخرج الجواز لا مخرج الإيجاب ثم بين أن غنى الورثة بعده أولى من فقرهم إلى الصدقة ، ولأن الوصية لو وجبت لأجبر عليها ولا أخذت من ماله عند موته أن امتنع منها كالديون والزكوات . ولأن الوصايا عطايا فأشبهت الهبات ، فأما الآية فمنع الوالدين من الوصية مع تقديم ذكرهما فيه دليل على نسخها .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم من مات من غير وصية مات ميتة جاهلية ، فمحمول على أحد أمرين : إما وجوبها قبل النسخ ؛ وإما على من كانت عليه ديون وحتوق لا يوصل إلى أربابها إلا بالوصية ، فنهى الوصية بذكرها وأدانها واجبه ويجوز الوصية بتعيين الناظر فى ماله بعد موته ، فإن كان له أب أو جد لم يحز أن يوصى إلى غيره بالظر ، لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ومن ثبت له الولاية في تزويج ابنته لم يحز أن يوصى إلى من يزوجه، وقال أبو ثور: يجوز كما يجوز أن يوصى إلى من ينظر في مالها، وهذا خطأ لما روى ابن عمر قال: زوجني قدامة بن مظعون ابنة أخيه عثمان بن مظعون فأتى قدامة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أنا عمها ووصى أبيها، وقد زوجتها من عبد الله بن عمر، فقال صلى الله عليه وسلم: إنها ببيعة لا تنكح إلا بإذننا، ولأن ولاية النكاح لها من يستحقها بالشرع فلا يجوز نقلها بالوصية كالوصية بالنظر في المال مع وجود الجد.

(فصل) ومن عليه حق يدخله النياحة من دين آدمي أو حج أو زكاة أو رد ودبعه جاز أن يوصى إلى من يؤدي عنه، لأنه إذا جاز أن يوصى في حق غيره فلأن يجوز في خاصة نفسه أولى.

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أحمد والدارقطني وأورده الحافظ ابن حجر في التلخيص وسكت عنه، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: ورجال أحمد ثقات ويؤخذ من الحديث الذي نسوقه كاملاً أن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل وصية عثمان بن مظعون لأخيه قدامة في ابنته. قال ابن عمر: توفي عثمان بن مظعون وترك ابنة له من خولته بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الأوقص وأوصى إلى أخيه قدامة بن مظعون.

(قال عبد الله: وهما خالاي، فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون فزوجنيها، ودخل المغيرة بن شعبه يعني إلى أمها فأرغبها في المال، فخطت إليه وحطت الجارية إلى هوى أمها فأبتا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله (ص) فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله ابنة أخي أوصى بها إلى فزوجتها ابن عمته فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاة ولا كنت امرأة وإنما حطت إلى هوى أمها قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هي ببيعة ولا تنكح إلا بإذننا، قال: فانتزعت والله مني بعد أن ملاكمتها فزوجها المغيرة بن شعبه، والحديث

دليل على أن الولي لا يجوز له أن يوصي إلى أخ له أو غيره لتزويجها خلافاً
لأبي ثور الذي جعل الوصية إلى من ينظر في تزويجها كالوصية إلى من ينظر في
مالها ، والحديث صريح وقول أبي ثور خطأ . ولأن استحقاق الولاية في النكاح
لا يتأسس بوصية ، وسيأتي تفصيل ذلك في أبواب المناكحات إن شاء الله .

(فرج) إذا كان عليه دين دنيوي من حقوق الادميين أو دين أخروي من
حقوق الله تعالى فإنه يجوز له أن يوصي إلى من يتولى الأداء عنه لأنه إذا
كان يجوز له أن يوصي في أداء حقوق غيره فلأن يوصي لمن يؤدي ما يتعلق
بخاصته نفسه أولى .

وقال بعض الأصحاب : بوجوب الوصية في مثل من عليه دين أو عنده وديعه
أو عليه واجب يوصي بالخروج منه ، فإن الله تعالى فرض أداء الأمانات ،
وطريقه في هذا الباب الوصية فتسكون فرضاً عليه . وأما الوصية بجزء من ماله
فليست بواجبة على أحد في قول الجمهور ، وبذلك قال الشعبي والنخعي والثوري
ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم .

وقال ابن عبد البر : أجمعوا على أن الوصية غير واجبة إلا على من عليه
حقوق بغير بينة ، وأمانه بغير اشهاد إلا طائفة شذت فأوجبتهما والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن ملك التصرف في ماله بالبيع والهبة ملك الوصية بثأته في
وجوه البر ، لما روى عامر بن سعد عن أبيه قال : مرضت مرضاً أشرفت منه على
الموت فأتاني رسول الله (ص) بعودني فقلت : يا رسول الله إني مال كثير وليس
يرثني إلا ابنتي أفأصدق بمالي كله قال : لا ، قلت : أتصدق بثأتي مالي قال : لا ،
قلت : أتصدق بالشطر قال : لا ، قلت : أتصدق بالثلث قال : الثالث ، والثالث كثير
إنك إن ترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس ولا يجب
ذلك لقوله تعالى : وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين
والمهاجرين : إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم مروقاً ، وفسر بالوصية ، فجعل ذلك

اليهم فدل على أنها لا تجب ، ولأنه عطيه لا تلزم في حياته فلم تلزم الوصيه به
قياسا على ما زاد على الثلث .

(فصل) وإن كانت ورثته فقراء فالمستحب أن لا يستوفى الثلث لقوله
صلى الله عليه وسلم : الثلث كثير أنك إن ترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم
عالة يتسكفون الناس ، فاستكثر الثلث وكره أن يترك ورثته فقراء فدل على أن
المستحب أن لا يستوفى الثلث . وعن علي رضي الله عنه أنه قال : لأن أوصى
بالخمس أحب إلى من أن أوصى بالثلث ، وإن كان الورثة أغنياء فالمستحب أن
يستوفى الثلث لأنه لما كره الثلث إذا كانوا فقراء دل على أنه يستحب إذا كانوا
أغنياء أن يستوفيه .

(الشرح) حديث عامر بن سعد بن أبي وقاص رواه الستة وأحمد في مسنده
بلفظ : جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بي فقالت :
يا رسول الله إني قد بلغت بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي
أفأصدق بثلاثي مالي ؟ قال : لا : قلت : قالشطر يا رسول الله ؟ قال : لا ، قلت :
فالثلث ؟ قال : الثلث ، والثلث كثير أو كبير ، أنك إن تذر ورثتك أغنياء خير
من أن تدعهم عالة يتسكفون الناس .

وفي رواية أكثرهم : جاءني يعودني في حجة الوداع ، وفي لفظ : عادني
رسول الله صلى الله عليه وسلم في مرضي فقال : أوصيت ؟ قلت : نعم ، قال : بكم
قلت : بمالي كله في سبيل الله ، قال : فما تركت لولدك ؟ قلت : هم أغنياء : قال :
أوصى بالعشر ، فما زال يقول وأقول حتى قال : أوصى بالثلث ، والثلث كثير أو
كبير ، رواه النسائي وأحمد بمعناه إلا أنه قال : قلت : نعم جعلت مالي كله في
الفقراء والمساكين وابن السبيل ، ورواه الشافعي عن سفيان عن الزهري عن
عامر بن سعد عن أبيه بلفظ : مرضت عام الفتح ، وساق الحديث .

أما قوله تعالى : وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض ، الآية . قيل أنه أراد
بالمؤمنين الأنصار وبالمهاجرين قريشا ، وفيه قولان
(أحدهما) أنه ناسخ للقوارث بالهجرة . حكى سعيد عن قتادة قال : كان نزل

في سورة الانفال : والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا ، فتوارث المسلمون بالهجرة ، فكان لا يرث الاعرابي المسلم من قريبه المسلم شيئاً حتى يهاجر ، ثم نسخ ذلك . وفي هذه الآية : وأولوا الارحام الخ ،

(الثاني) أن ذلك ناسخ للتوارث بالحلف والمواخاة في الدين ، روى هشام ابن عروة عن أبيه عن جده : وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وذلك أنا معشر قريش لما قدمنا المدينة قدمنا ولا أموال لنا ، فوجدنا الانصار نعم الاخوان فآخيناهم فأورثونا وأورثناهم : فآخى أبو بكر خارجه بن زيد . وآخيت أنا كعب بن مالك ، فمئنت فوجدت السلاح قد أنقله ، فوالله لقد مات عن الدنيا ما ورثه غيري حتى أنزل الله هذه الآية فرجعنا الى موارثنا

وثبت عن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم آخى بين الزبير وبين كعب بن مالك فارتث كعب يوم أحد ، فجاء الزبير يقوده بزمam راحلته ، فلو مات يومئذ كعب عن الضح والريح لورثه الزبير ، فأنزل الله تعالى الآية ، فبين تعالى أن القرابة أولى من الحلف ، فترك الوراثة بالحلف وورثوا بالقرابة

قال ابن العربي : وأولوا الارحام بالاجماع لأن ذلك يوجب تخصيصاً ببعض المؤمنين ، ولا خلاف في عمومها ، وهذا حل اشكالها

وأما أثر على كرم الله وجهه فإنه يفيد استحباب النقص عن الثالث وهو من فقهه الذي لا يخلو من أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وبهذا الفقه أخذ الشافعي رضي الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم : الثالث والثالث كثير ، ولحديث ابن عباس قال : لو أن الناس غصوا من الثالث الى الرابع فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الثالث والثالث كثير ، رواه أحمد والبخاري ومسلم ، وقد أخذ ذلك من وصفه صلى الله عليه وسلم للثالث بالكثرة ، ويدو أن (أو) التي جاءت بين كثير وكبير جاءت من الراوي بعد عهد الترقيم لان ورود (كثير) هكذا بغير اجماع تقرأ كبير وتقرأ كثير فخرج أن اللفظ النبوي أحدهما وضع اللفظان مفصولين بأو .

أما الاحكام : فإن كل ما جاز الانتفاع به من مال ومنفعة جازت الوصية به

وسواء كان المال عيناً أو ديناً حاضراً أو غائباً معلوماً أو مجهولاً مشاعاً أو محوزاً وتقدر الوصية بالثلث ، وليس الموصى الزيادة عليه لحديث سودة الثالث وكثير ، وإن نقص من الثلث جاز ، وأولى الأمرين به أن يعتبر حال الورثة ، فإن كانوا فقراء كان النقصان من الثلث أولى به من استيعاب الثلث لقول علي كرم الله وجهه : لأن أوصى بالثلث أحب إلى من أن أوصى بالثلث ، وقد أورد الماوردي في الحاوي الكبير عن رواية أخرى : لأن أوصى بالسدس أحب إلى من أن أوصى بالربع ، وبالربع أحب إلى من الثلث ،

وإن كان ورثته أغنياء وكان في ماله سعة فاستبقاء الثلث أولى به . وقد قال عمر رضي الله عنه : الثلث وسط ، لا بخس ولا شطط . ولو استوعب الثلث من قليل المال وكثيره ، ومع فقر الورثة وغناهم ، وصغيرهم وكبيرهم ، كانت وصيته بمضاة له .

فأما الزيادة على الثلث فهو ممنوع منها في قليل المال وكثيره ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم منع سداً من الزيادة عليه ، فإن وصى بأكثر من الثلث أو بجميع ماله نظرت فإن كان له وارث كانت الوصية موقوفة على إجارته ورده . فإن ردها رجعت الوصية إلى الثلث ، وإن أجازها صحت . ثم فيها قولان

(أحدهما) أن إجازة الورثة ابتداء عطية منه لا تتم إلا بالقبض ، وله فيها ما لم يقبض ، وإن كانت قبل القبض بطلت كالهبات

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وينبغي لمن رأى المريض يحنف في الوصية أن ينهاده لقوله تعالى : وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعفاً خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولاً سديداً ، قال أهل التفسير : إذا رأى المريض يحنف على ولده أن يقول اتق الله ولا توص بمالك كله ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى سداً عن الزيادة على الثلث .

(فصل) والأفضل أن يقدم ما يوصى به من البر في حياته لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الصدقة أفضل ؟ قال

أن تنصدق وأنت صحيح صحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا ، ولأنه لا يأمن إذا وصى به أن يفرط به بعد موته فإن اختار أن يوصى فالمستحب أن لا يؤخر الوصية لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما حق امرئ مسلم عنده شيء يوصي به بيتا ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده ، ولأنه إذا أخر لم يأمن أن يموت فجأة فتفوته .

(فصل) وأما من لا يجوز تصرفه في المال — فإن كان ممن لا يميز كالمعتوه والمبرص ومن عاين الموت — لم تصح وصيته لأن الوصية تتعاق صحتها بالقول ولا قول لمن لا يميز ، ولهذا لا يصح إسلامه ولا توبته فلم تصح وصيته ، فإن كان صبياً مميزاً أو بالغاً مبذراً ففيه قولان

(أحدهما) لا تصح وصيته ، لأنه تصرف في المال فلم يصح من الصبي والمبذر كالمهبة (والثاني) تصح ، لأنه إنما منع من التصرف خوفاً من إضاعة المال وليس في الوصية إضاعة المال ، لأنه إن عاش فهو على ماله ؛ وإن مات لم يحتاج إلى غير الثواب ، وقد حصل له ذلك بالوصية .

(الشرح) قوله تعالى : وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ، الآية . في هذه الآية وجهان كل وجه لا يطرد في كل الناس ، لأن الناس منهم من يصلح لهم أن يكون معنى الآية ما روى عن سعيد بن جبير : إذا حضر الرجل الوصية فلا ينبغي أن يقول أوصي بمالك ، فإن الله تعالى رازق ولدك ، ولكن يقول قدم لنفسك وارك لولدك ، فذلك قوله تعالى : فليتقوا الله ، ومنهم من يصلح له ما قال مقسم وحضري : نزات في عكس هذا ، وهو أن يقول للمحتضر من يحضره : أمسك على ورثتك ، وأبق لولدك ، فليس أحد أحق بمالك من أولادك ، وينهاه عن الوصية فيتضرر بذلك ذوا القربى وكل من يستحق أن يوصى له ، فقبل لهم ، كما تخشون على ذريبتكم وتسرون بأن يحسن إليهم فكذلك سدوا القول في جهة المساكين واليتامى ، واتقوا الله في ضررهم

وهذان القولان مبنيان على وقت وجوب الوصية قبل زول آية المواريث

وأحسن ما قيل فيها ما حكاه الشيباني قال : كنا على قسطنطينية في عسكر مسلمة
ابن عبد الملك فجلسنا يوماً في جماعة من أهل العلم فيهم ابن الديلمي فنذاكروا
ما يكون من أهوال آخر الزمان . فقلت له : يا أبا بشر ، ودي ألا يكون لي ولد .
فقال لي : ما عليك ، ما من نسمة قضى الله بخروجها من رجل إلا خرجت أحب
أو كره ، وليكن إن أردت أن تأمن عليهم فأتق الله في غيرهم . ثم تلا الآية .
وقوله : يجنف ، من جنف يجنف كسمع بسمع إذا جار والاسم منه جنف
وجانف . قال الأعشى

تجانف عن حجر اليمامة ناقتي وما قصدت من أهلها لسوائكا
ومنه قوله تعالى : فمن خاف من موص جنفاً ، قال الشاعر
هم المولى وان جنفوا علينا وإنا من لقائهم لزور
وقال لبيد :

إني امرؤ منعت أرومة عامر ضيمي وقد جنفت على خصومي

وقال تعالى : فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم ، أي مائل إليه
روى أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
: إن الرجل أو المرأة ليعمل بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران
في الوصية فتجب لهما النار ، وترجم النساء الصلاة على من جنف في وصيته
أخبرنا علي بن حجر أنبأنا هشيم عن منصور — وهو زاذان — عن الحسن
ابن سمرة عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند
موته ولم يكن له مال غيرهم ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فغضب
من ذلك وقال : لقد هممت ألا أصلي عليه ، ثم دعا مملوكيه فجزأهم ثلاثة أجزاء
ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة ، وأخرجه مسلم بمعناه إلا أنه قال في آخره
وقال قولاً شديداً بدل قوله : لقد هممت ألا أصلي عليه ،

قال الماوردي في تأويل قوله تعالى ، جنفاً أو إثمًا ثلاثة أقاويل (أحدها) أن
الجنف الميل ، والاثم أن يآثم في أثرة بعضهم على بعض ، وهذا قول عطاء وابن
زيد (والثاني) أن الجنف الخطأ والاثم العمد ، وهذا قول السدي (والثالث) أنه

الرجل يوصى لولد بنيه وهو يريد بنيه . وهذا قول طاوس . فالإضرار في الوصية أن يوصى بأكثر من الثلث ، والإضرار في الدين أن يبيع بأقل من ثمن المثل ويشترى بأكثر منه .

وقد روى عكرمة عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الإضرار في الوصية من الكبائر ، وقال تعالى : ووصى بها إبراهيم بنيه ، الآية والأفضل أن يقدم ما يوصى به حال حياته ، لحديث أبي هريرة الذي ساقه المصنف قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الصدقة أفضل ؟ قال : أن تصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر ، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا ،

وقد أخرج هذا الحديث الشيخان وأصحاب السنن إلا الترمذي ، ورواه أحمد في مسنده ولفظه في أكثرها : جاء رجل فقال يا رسول الله : أي الصدقة أفضل أو أعظم أجراً ؟ قال : أما وأبيك لفتان أن تصدق وأنت شحيح صحيح تخشى الفقر وتأمل البقاء ، ولا تمهل حتى إذا بلغت الروح الحلقوم قلت لفلان كذا ، ولفلان كذا ، وقد كان لفلان ،

وقوله : لفتان بالبناء لما لم يسم فاعله من الفتيا . وفي نسخة لتنبان من النبأ وقوله : أن تصدق بتخفيف الصاد على حذف إحدى التامين ، وأصله أن تصدق والتشديد على الإدغام .

قوله : شحيح ، قال صاحب المنتهى : الشح بخل مع حرص ، قال الخطابي فيه أن المرض يقصر يد المالك عن بعض مملكه ، وأن سخاوته بالمال في مرضه لا تمحو عنه سمة البخل ، فلذلك شرط صحة البدن في الشح بالمال لأنه في الحالتين يجد المال وقعاً في قلبه لما يأمله من البقاء فيحذر منه الفقر

قال ابن بطال وغيره ، لما كان الشح غالباً في الصحة قال سماح فيه بالصدقة أصدق في النية وأعظم للأجر بخلاف من يشس من الحياة ورأى مصير المال لغيره . وقوله : حتى إذا بلغت الروح الحلقوم ، أي قاربت بلوغه ، إذ لو بلغت حقيقة لم يصح شيء من تصرفاته ، والحلقوم مجرى النفس

قوله : قلت لفلان كذا ، قال ابن حجر : الظاهر أن هذا المذكور على سبيل المثال ، وقال الخطابي : فلان الأول والثاني الموصى له ، وفلان الأخير الوارث لأنه إن شاء أبطله وإن شاء أجازته ، والمقصود أن الحديث يدل على أن تنجيز وقاء الدين والتصدق في حال الصحة أفضل منه حال المرض لأنه في حال الصحة يصعب عليه إخراج المال غالباً لما يخوفه به الشيطان ويزينه له من الأمل في الحياة والحاجة إلى المال ، قال تعالى : الشيطان يعدكم الفقر ويأمركم بالفحشاء ، والله يعدكم مغفرة منه وفضلاً ، وفي معنى الحديث قوله تعالى : وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتي أحدكم الموت ، الآية ، وفي معنى الحديث أيضاً ما أخرجه الترمذي بإسناد حسن وصححه ابن حبان عن أبي الدرداء مرفوعاً : مثل الذي يعتق ويتصدق عند موته ، مثل الذي يهدى إذا شجع .

وأما حديث ابن عمر فقد أخرجه أصحاب الكتب الستة وأحمد في مسنده بلفظ : ما حق إمرئ مسلم ببیت ليلتين وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه ، ورواه الشافعي بلفظ : ما حق إمرئ يؤمن بالوحية ، أي يؤمن بأنها حق كما حكاه ابن عبد البر عن ابن عيينة ، ورواه ابن عبد البر والطحاوي بلفظ : لا يحل لامرئ مسلم له مال ، وقال الشافعي : معنى الحديث ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده ، وكذا قال الخطابي ، قوله : مسلم .

قال ابن حجر في فتح الباري : هذا الوصف خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له أو ذكر للتهيج لتقع المبادرة إلى الامتثال لما يشعر به من نفي الإسلام عن تارك ذلك ، ووصية الكافر جائزة في الجملة .

وحكى ابن المنذر فيه الإجماع . قوله ببیت صفة مسلم . قوله ليلتين في رواية للبيهقي وأبي عوانة . ليلة أو ليلتين ، ولمسلم والنسائي ثلاث ليل ، واختلاف الروايات في هذا يدل على أنه للتقريب لا للتحديد ، والمعنى لا يمضي عليه زمان وإن كان قليلاً إلا ووصيته مكتوبة ، وفيه إشارة إلى اغتفار الزمن البسير ، وكان الثلاث غاية الأخير ، ولذلك قال ابن عمر رضي الله عنه لم أبت ليلة منذ سمعت

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك إلا ووصيتي عندي ، وفي تخصيص الليلتين والثلاث بالذكر تسامح في إرادة المبالغة ، أى لا ينبغي أن يبيت زمنا ما وقد ساءمناه في الليلتين والثلاث ، فلا ينبغي له أن يتجاوز ذلك . أما قوله المبرسم وهو الذى أصيب بعملة الورم فى الدماغ يصاب صاحبه بهداع وكراهية للضوء وزوال للعقل ، وقيل أنه الموت لأن بر بالسريانية الإبن والسام الموت ، ومنه حديث شفاء من كل داء إلا السام . قيل وما السام ؛ قال الموت .

إذا ثبت هذا : فإن الوصايا تشتمل على أربعة شروط وهى موصى وموصى له وموصى به وموصى إليه ، فأما الفصل الأول وهو الموصى فمن شرطه أن يكون عزا حراً ، فإذا اجتمع فيه هذان الشرطان صحت وصيته فى ماله مسلماً كان أو كافراً ، فأما المجنون فلا تصح وصيته لأنه غير عيز . وأما العبي فإن كان طفلاً غير عيز فوصيته باطلة ، وإن كان مرافقاً فى جواز وصيته قولان .

(أحدهما) لا تجوز ، وبه قال أبو حنيفة ، واختاره المازنى لارتفاع القلم عنه كالمجنون ؛ لأن الوصية عقد فأشبهت سائر العقود .

(والقول الثانى) وبه قال مالك أن وصيته جائزة لرواية عمرو بن سليم الزرقى قال سئل عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن غلام يافع من غسان وصى لبنت عمه وله عشر سنين ، وله وارث ببلد آخر ، فأجاز عمر رضى الله عنه وصيته ، ولأن المعنى الذى لأجله منعت عقوده هو المعنى الذى أمضيت وصيته لأن الحظ له فى منع العقود لأنه لا يتمجل بها نفعا ، ولا يقدر على استدراكها إذا بلغ والحظ له فى امضاء الوصية ، لأنه إن مات فله ثوابها وذلك أحظ له من تركه على ورثته ، وإن عاش وبلغ قدر على استدراكها والرجوع فيها ، فعلى هذا لو أعتق فى مرضه أرحابى أو وهب فى صحة ذلك وجهان .

(أحدهما) صحيح مضى لأن ذلك وصيه يعتبر من الثلث .

(والوجه الثانى) أنه باطل مردود لأن الوصيه يقدر على الرجوع فيها إن صح ، والعتق والهبة لا يقدر على الرجوع فيها إن صح .
فأما وصيه المحجور عليه بالسفه . فإن قيل يجوز وصيه العبي فوصيه-

السفيه أجوز ، وإن قبل ببطلان وصية الصبي بإبطال عقوده بطلت وصية السفيه لبطلان عقوده .

وأما المحجور عليه بالفلس فإن ردها الغرماء بطلت ، وإن أمضوها جازت ، فإن قلنا : حجر الفلس كحجر المرض صحت ، وإن قلنا : إنه كحجر السفيه كان على وجهين ، فأما العبد فوصيته باطلة ، وكذلك المدبر وأم الولد والمكاتب لأن السيد أملك منهم لما في أيديهم . فأما الكافر فوصيته جائزة ذمياً كان أو حريباً إذا أوصى بمثل ما يوصى به المسلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما إذا أوصى بما زاد على الثلث ، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث ، لأن ماله ميراث للمسلمين ، ولا يجوز له منهم فبطلت فإن كان له وارث ففيه قولان .

(أحدهما) أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى سعيلاً عن الوصية بما زاد على الثلث ، والنهي يقتضي الفساد ، وإبست الزيادة مالا للوارث فلم تصح وصيته به كما لو أوصى بمال للوارث من غير الميراث .

(والثاني) أنها تصح وتقف على إجازة الوارث ، فإن أجاز نفذت ، وإن ردها بطلت ، لأن الوصية صادفت ملكه ، وإنما يتعلق بها حق الوارث في الثاني فصحت ووقفت الإجازة كما لو باع ما فيه شفعه ، فإن قلنا : على أنها باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها الإيجاب والقبول باللفظ الذي تنعقد به الهبة ، ويعتبر في لزومها القبض ، وإن كان الوصية عتقاً لم يصح إلا بلفظ العتق ، ويكون الولاء فيه للوارث ، وإن قلنا أنها تصح كانت الإجازة أمضاء لما أوصى به الموصي وتصح بلفظ الإجازة كما يصح العفو عن الشفعة بلفظ العفو ، فإن كانت الوصية عتقاً كان الولاء للموصي ، ولا يصح الرد والإجازة إلا بعد الموت لأنه لا حق له قبل الموت فلم يصح إسقاطه كالعفو عن الشفعة قبل البيع .

(فصل) فإن أجاز الوارث ما زاد على الثلث ، ثم قال أجزت لاني ظننت أن المال قليل وأن ثلثه قليل ، وقد بان أنه كثير لزمته الإجازة فيما علم والقول

قوله فيها لم يعلم مع بيمينه فإذا حلف لم يلزمه لأن الإجازة في أحد القولين هبة ،
وفي الثاني إسقاط والجميع لا يصح مع الجهل به وإن وصى بعبد فأجازته الوارث
ثم قال أجزت لأن ظننت أن المال كثير ، وقد بان أنه قليل ففيه قولان .
(أحدهما) أن القول قوله كالمسئلة قبلها (والثاني) أنه يلزمه الوصية لأنه
عرف ما أجازته ويخالف المسئلة قبلها فإن هناك لم يعلم ما أجازته .

(الشرح) الأحكام : الزيادة على الثلث ممنوع منها في قليل المال وكثيره
لحديث سعد الذي مضى تخريجه وبيان طريقه الذي منع سعداً من الزيادة عليه ،
فإن وصى بأكثر من الثلث أو بجميع ماله نظر ، فإن كان له وارث كانت الوصية
موقوفة على إجازته ورده ، فإن ردها رجعت الوصية إلى الثلث ، وإن أجازها
صحّت ، ثم فيها قولان .

(أحدهما) أن إجازة الورثة ابتداء عطية منه لا تتم إلا بالقبض وله الرجوع
فيها ما لم يقبض ، وإن كانت قبل القبض بطلت كالهبات . فإن لم يكن للميت وارث
فأوصى بجميع ماله ردت وصيته إلى الثلث في حق بيت المال .

وقال أبو حنيفة : وصيته إذا لم يكن له وارث نافذة في جميع ماله استدللاً
بأن النبي صلى الله عليه وسلم لما منع سعداً من الزيادة على الثلث قال : لأن تدع
ورثتك أغنياء خيراً من أن تدعهم عالة يتكففون الناس لجعل المنع من الزيادة
حقاً للورثة ، فإذا لم يكن له وارث سقط المنع ، وبما روى عن ابن مسعود رضي
الله عنه أنه قال لا وارث لمن وضع ماله حيث شاء ، ولأنه لما كانت الصدقة بجميع
ماله جازت وصيته بجميع ماله .

ودليلنا ما روى عن أبي الدرداء رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها
لكم زيادة في أعمالكم ، رواه الدارقطني ورواه أحمد والبيهقي والبزار وابن ماجه
من حديث أبي هريرة بلفظ : إن الله تصدق عليكم عند موتكم بثلاث أموالكم
زيادة لكم في أعمالكم ، وقد ضعف الحافظ ابن حجر إسناده وأخرجه أيضاً

الدارقطني والبيهقي من حديث أبي أمامة بلفظ: «ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعل لكم زكاة في أموالكم»، وفي أسناده إسماعيل ابن عياش وشيخه عتبة بن حميد.

ولأن الأنصاري أعتق ستة مملوكين له لا مال له غيرهم فجزأهم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء على ماضى ذكره، ولأن مال من لا وارث له يصير إلى بيت المال إرثاً لأمرين.

أحدهما: أنه يخلف الورثة في الاستحقاق لماله.

والثاني: أنه يعقل عنه كورثته، فلما ردت الوصية إلى الثلث مع الوارث ردت إلى الثلث مع بيت المال لأنه وارث، وقد يتحرر منه قياساً (أحدهما) أن كل جهة استحققت التركة بالوفاة منعت من الوصية بالجميع كالورثة (والثاني) أن ما منع من الوصايا مع الورثة منع منها مع بيت المال كالديون.

فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم: «لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة فهو أنه لم يجعل ذلك تعليلاً لرد الزيادة على الثلث، ولو كان ذلك تعليلاً لجازت الزيادة على الثلث مع غناهم إذا لم يصيروا عالة يتكففون الناس، وإنما قاله صلة في الكلام وتنبيهها على الخط.

وأما قول ابن مسعود يضع ماله حيث يشاء، فماله الثلث وحده، وله وضعه حيث شاء، وأما الصدقة فهي كالوصية إن كانت في الصحة أمضيت مع وجود الوارث وعدمه، وإن كانت في المرض ردت إلى الثلث مع وجود الوارث وعدمه والله تعالى أعلم بالصواب.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) واختلاف أصحابنا في الوقت الذي يعتبر فيه قدر المال لإخراج الثلث: فمنهم من قال الاعتبار بقدر المال في حال الوصية لأنه عقد يقتضى اعتبار قدر المال، فكان الاعتبار فيه بحال العقد، كما لو نذر أن يتصدق بثلث ماله، فعلى هذا لو أوصى بثلث ماله ألف فصار عند الوفاة ألفين لم تلزم الوصية في الزيادة، فإن وصى بألف ولا مال له ثم استفاد مالا لم تتعلق به الوصية، وإن

وهي وله مال فهلك ماله بطلت الوصية ، ومنهم من قال : الاعتبار بقدر المال عند الموت وهو المذهب ، لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها ، ولأنه لو وصى بثلاث ماله ثم باع جميعه تعلقت الوصية بالثمن ، فلو كان الاعتبار بحال الوصية لم تتعلق بالثمن ، لأنه لم يكن حال الوصية ، فعلى هذا لو وصى بثلاث ماله وماله ألف ففسخ الوصية في ثلث الآلاف ، فإن وصى بمال ولا مال له ثم استفاد مالا تعلقت به الوصية ، فإن وصى بثلاثة وله مال ثم تلف ماله لم تبطل الوصية .

(الشرح) الأحكام : تجوز الوصية بثلاث ماله وإن لم يعلم قدره ، واختلف أصحابنا هل يراعى بثلاث ماله وقت الوصية أو عند الوفاة على وجهين (أحدهما) وهو قول مالك وأكثر البغداديين أنه يراعى ثلثه وقت الوصية ، ولا يدخل فيها ما حدث بعده من زيادة لأنها عقد ، والعقود لا يعتبر فيها ما بعدها .

(والوجه الثاني) وهو قول أبي حنيفة وأكثر البصريين أنه يراعى ثلث ماله وقت الموت ويدخل فيه ما حدث قبله من زيادة ، لأن الوصايا تملك بالموت ، فاعتبر بها وقت ملكها ، فعلى هذين الوجهين إن وصى بثلاث ماله ولا مال له ثم أفاد مالا - فعلى الوجه الأول تكون الوصية باطلة اعتباراً بحال الوصية ، وعلى الوجه الثاني تكون الوصية جائزة اعتباراً بحال الموت . وعلى هذا لو وصى بفرس من خيله وهو لا يملك فرساً ولا خيلاً ثم ملك قبل الموت خيولاً صحت الوصية إن اعتبر بها حال الموت ، وبطلت إن اعتبر بها حال القول ؛ وعلى هذا القول لو وصى بثلاث ماله وله مال فملك ماله وأفاد غيره صحت الوصية في المال المستفاد إن اعتبر بها حال الموت ، وبطلت إن اعتبر بها حال الوصية .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما الوصية بما لا قرينة فيه كالوصية للكنيسة والوصية بالسلاح لأهل الحرب فهي باطلة لأن الوصية إنما جعلت له ليدرك بها ما فات ويزيد بها الحسنات ولهذا روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن الله تعالى أعطاكم ثلاث

أموالكم في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم ، وما ذكرناه ليس من الحسنات فلم تصح فيه الوصية ، فإن وصى ببيع ماله من رجل من غير محاباة ففيه وجهان (أحدهما) يصح لأنه قصد تخصيصه بالتملك (والثاني) لا يصح لأن البيع من غير محاباة ليس بقربة ، فلم تصح الوصية به ، وإن وصى لذى جاز ، لما روى أن صفية وصت لأخيها بثلاثمائة ألفاً وكان يهودياً ، ولأن الذمي موضع للقربة ، ولهذا يجوز التصديق عليه بصدقة التطوع فجازت له الوصية ، فإن وصى للحربي ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لا تصح الوصية ، وهو قول أبي العباس بن القاسم ، لأن القصص بالوصية نفع الموصى له ، وقد أمرنا بقتل الحربي وأخذ ماله فلا معنى للوصية له (والثاني) يصح - وهو المذهب - لأنه تملك يصح للذمي فصح للحربي كالبيع .

(فصل) واختلف قول الشافعي رحمه الله تعالى فيمن وصى لقاتله فقال في أحد القولين : لا يجوز لأنه مال يستحق بالموثقت فمنع القتل منه كالمراث ، وقال في الثاني يجوز لأنه تملك يفقر إلى القبول فلم يمنع القتل منه كالبيع ، فإن قتلت أم الولد مولاهما عتقت لأن عتقها ليس بوصية ، بدليل أنه لا يعتبر من الثلث فلم يمنع القتل منه . فإن قتل المدبر مولاه فإن قلنا إن التدبير عتق بالصفة عتق لأنه ليس بوصية ، وإنما هو عتق بصفة وقد وجدت الصفة فعتق ، وإن قلنا إنه وصية وقلنا إن الوصية للقاتل لا تجوز لم يعتق ، وإن قلنا إنها تجوز عتق من الثلث فإن كان على رجل دين مؤجل فقتله صاحب الدين حل الدين ، لأن الأجل حق للمقتول لا حظ له في بقاءه ، بل الحظ في إسقاطه ليحل الدين ويقضى فيتخلص منه

(الشرح) حديث إن الله تعالى أعطاكم الخ . فقد رواه الدارقطني عن أبي الدرداء وسكت ولم يتكلم عليه الحافظ بن حجر ؛ ورواه وأخرجه أيضاً أحمد وكذلك البيهقي وابن ماجه والبزار من حديث أبي هريرة . قال الحافظ بن حجر وإسناده ضعيف ، ورواه الدارقطني والبيهقي عن أبي أمامة ، وفي إسناده إسماعيل ابن عياش ، وهو ثقة في الشاميين ضعيف في غيرهم ، وهو رواه عن شيخه عتبة

ابن حميد الضبي صدوق له أوهام . ورواه العقيلي في الضعفاء عن أبي بكر الصديق
وفي إسناده حفص بن عمرو بن ميمون وهو متروك . وعن خالد بن عبد الله
السلمي عند ابن عاصم وابن السكن وابن قانع وأبي نعيم والطبراني وهو مختلف
في صحبته ، ورواه عنه ابنه الحارث وهو مجهول
وأما وصية أم المؤمنين صفية رضي الله عنها فقد مضى تخريج الخبر في كتاب
الوصي فلا ضرورة لإعادته .

أما الأحكام فإن الوصية للبيع والكفالة باطلة لأنها تجمع معاصيهم ومنتدب
تأليهم للبشر ، ومباعدة التثليث والتجسيد . وكذلك الوصية لكتب التوراة
والإنجيل لتبديلها وتغييرها ، وسواء كان الموصى مسلماً أو كافراً . وأجازها
أبو حنيفة من الكافر دون المسلم ، وهكذا أجاز وصيته بالخمر والخنزير يتصدق
بها على أهل الذمة . وهذا فاسد لقوله تعالى : وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا
تتبع أهواءهم ،

وخالف أبو حنيفة أصحابه في الكفالة ووافقها فيها عداها . فأما الوصية
للكافر بجائزة ذمياً كان أو حربياً ، وقال أبو حنيفة : الوصية للحربي باطلة لأن
الله تعالى أباح للمسلمين أموال المشركين فلم يجوز أن يبيع للمشركين أموال المسلمين
وهذا فاسد من وجهين (أحدهما) أنه لما لم يمنع شرك الذمي لم يمنع شرك الحربي
من الوصية كالنكاح (والثاني) أنه لما جازت الهبة للحربي وهي أمضى عطية من
الوصية كان أولى أن تجوز له الوصية ، وسواء كان الموصى مسلماً أو كافراً .

فأما الوصية للمرتد فعلى ثلاثة أقسام ذكرناها في كتاب الوقف
(أحدها) أن يوصى لمن يرغب عن الإسلام فالوصية باطلة لعقدها على معصية
(الثاني) أن يوصى بها لمسلم فيرتد عن الإسلام بعد الوصية له فالوصية جائزة
لأنها وصية صادقة حال الإسلام
(والثالث) أن يوصى بها لمرتد معين ففي الوصية وجهان ، أحدهما باطلة .
والثاني : جائزة .

أما المحاباة في المرض ، وهي أن يعاوض بماله ويسمح لمن عاوضه ببعض
عوضه وهي أقسام (أحدها) المحاباة في البيع والشراء ، ولا يمنع ذلك صحة في

قول جمهور الفقهاء . وقال أصحاب داود بن علي : العقد باطل . وهموم قوله تعالى : وأحل الله البيع دليل على صحة قول الجمهور ، ولأنه تصرف صدر من أهله في محله فصح كغير المريض ، فلو باع في مرضه فرساً قيمته خمسون بعشرين فقد جازى المشتري بثلاثة أخماسه ؛ وليس له المحاباة بأكثر من الثلث ، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع ، وإن لم يجزوا واختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت عليه ، وإن اختار إمضاء البيع قاله جميع عند أصحاب أحمد وهو اختيار ابن قدامة في المغنى أنه يأخذ النصف للمبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي . وهذا أحد الوجهين عند أصحاب الشافعي . والوجه الثاني أنه يأخذ ثلث المبيع بالثمن كله ، لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن . وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسميه أصحابه خلع الثلث ولا أصحابنا كما ساق المصنف ذلك إذا وصى بببيع ماله من رجل من غير محاباة . فإذا قلنا إن مجرد التخصيص بالتملك يقوم مقام المحاباة صححت الوصية على هذا الوجه .

وإن قلنا إن البيع من غير محاباة ليس قرينة والمراعى في الوصية التقرب إلى الله تعالى لحديث أبي الدرداء لم تصح الوصية
(فرع)

تصح الوصية للذمي باتفاق أهل العلم لا نعلم في ذلك خلافاً ، ولأن الصدقة عليه جائزة فجازت الوصية . أما الحربي ففيه لأصحابنا وجهان (أحدهما) وهو المذهب وبه قال أحمد في المنصوص عنه وهو قول مالك أن الوصية للحربي تصح في دار الحرب

(والثاني) لا تصح وهو قول أبي حنيفة لقوله تعالى ولا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤهم وتقسطوا إليهم - إلى قوله تعالى - إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين ، الآية ، فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره ، وهو قول أبي العباس بن القاسم من أصحابنا ، لأن القصد من الوصية التقرب إلى الله بنفع يعود إلى الموصى له ، وقد أمرنا بقتل الحربي وأخذ سلبه ؛ فلا معنى للوصية مع قيام هذا كله .

دليلنا : أنه تملك يصح للذي فصيح للحربي ، ولما كانت تصح هبته فقد صحت الوصية له كالذي ، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عمر حلة من حرير فقال « يا رسول الله كسرت فيها وقد قلت في حلة عطاردا ما قلت ، فقال : إنني لم أعطكمها لتلبسها ، فكساها عمر أخا مشركا له بمكة » .

وعن أسماء بنت أبي بكر قالت : أتتني أمي وهي راغبة - تهنئني عن الإسلام - فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أتتني أمي وهي راغبة أفأصلها ، قال : نعم وهذا الخبران فيهما صلة أهل الحرب وبرهم ، والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل ، فأما المقاتل فقد نهى عن توليه لا عن بره والوصية له ، وقد رأينا كيف أن صلاح الدين الأيوبي كان يبر المقاتلة من الصليبيين حتى كان مضرب المثل في المروءة وعلو الهمة فكان يداوى مرضاهم ويأسو جراحهم ، بيد أنه لم يعف عمن طغى وتجبر وقطع طريق الحاج فأقسم أن أظفره الله به ليضربن عنقه بيده ؛ وعندما وقع في الأسر مع غيره من ملوك أوربة عفا عنهم جميعاً إلا ذلك فقتله بيده برا بقسمه رغم ما عرضه الفرنجة عليه من فداء سخى بالمال بالغاً ما بلغ قدره ، فهذا هو طريق الشرع ، وإن احتج بالمفهوم فإنه لا يراه حجة ثم قد حصل الإجماع على جواز الهبة . والوصية في معناها ، فأما المرتد فعند أبي الخطاب من أصحاب الإمام أحمد تصح الوصية له كما تصح هبته . وقال ابن أبي موسى : لا تصح لأن مملكته غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت ، ولأن مملكته يزول عن ماله بردته في قول جماعة منهم فلا يثبت له الملك بالوصية ، وقد مضى مذهبنا فيه في الوقف .

(فرع) الوصية للمقاتل فيها قولان .

أحدهما - وهو مذهب مالك رضي الله عنه تجوز الوصية ، وإن لم يرث كما تجوز الوصية للكافر ، وإن لم يرث ، ولأنه تملك يراعى فيه القبول فلم يمنع منه القتل كالبيع ، وهذا أحد الأوجه الثلاثة عند الخنابلة حيث قال ابن حامد : تجوز الوصية له . وهو قول أبي ثور وابن المنذر أيضاً .
والقول الثاني - وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه وأحد الأوجه الثلاثة

عند الجنابة : لا تصح الوصية له . لأن أحد رضى الله عنه نص على أن المدبر إذا قتل سيده بطل تدبيره ، وعندنا أنه يبطل إذا اعتبر التدبير وصية ، أما إذا اعتبر صفة فإن التدبير ماض ويعتق بموت سيده ولو قتل وهذا أيضا قول الثوري وأصحاب الرأي لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية فالوصية أولى ، ولأن الوصية أجريت بحرى الميراث فيمنعها ما يمنعها : لأن الميراث أقوى التملكيات فلما منع منه القتل كان أولى أن يمنع من الوصية .

فإذا تقرر هذان القولان فلا فرق بين أن يوصى له بعد جرحه إياه وجنابته عليه ، وبين أن يوصى له قبل الجنابة ثم يجنى عليه فيقتله في أن الوصية على قواين ولكن لو قال الموصى وليس بمجروح : قد وصيت بثلاثي لمن يقتلني فقتله رجل لم تصح الوصية له قولا واحداً لا مريين .

(أحدهما) أنها وصية عقدت على معصية .

(والثاني) أن فيها إغراء بقتله ، فلو وصى بثلاثه لقاتل زيد ، فإن كان قبل القتل لم يحز لما ذكرنا ، وإن كان بعد قتله جاز ، وكان القتل تعريفاً ، وهكذا لو وهب في مرضه لقاتله هبة أو حابه في بيع أو أبراه من حق فكل ذلك على قولين لأنها وصية له تعتبر في الثلث ، وهكذا لو أعتق في مرضه عبداً فقتل العبد سيده كان في عتقه قولان لأنها وصية له ، ولكن لو وهب هبة في صحته أو أبرأ من حق أو حابي في بيع أو أعتق عبداً ، ثم إن الموهوب له قتل الواهب أو المبرأ قتل المبرىء أو المحابي قتل المحابي والعبد قتل السيد كان ذلك كله نافذاً ماضياً ، لأن فعله في الصحة جرى بحرى الوصايا ، ولو جرح رجل رجلاً - ثم إن المجروح وصى للجراح بوصية ثم جنى على الموصى آخر فذبحه - جازت الوصية للجراح الأول ، لأن الذابح صار قاتلاً ، ولو لم يكن الثاني قد ذبحه ولكن لو جرحه صار الثاني والأول قاتلين ، فردت الوصية للأول في أحد القولين ، وهذا هو قول مالك وأبى ثور وابن المنذر وأحد القولين عند أحمد ؛ وأظهر القولين للشافعي لأن الهبة تصح فصحت الوصية له كالذمي ، وقال القاضي أبو بكر من الجنابة : لا تصح الوصية له وهذا هو قول الثوري وأصحاب الرأي وأحد قولي الشافعي .

قال الماوردي في حاربه : وإذا قتل المدبر سيده — فإن قيل : إن المدبر عتق بصفه لم يبطل عتقه ، وإن قيل : إن المدبر وصيه ففي بطلان عتقه قولان لأنه يعتق في الثلث ، ولو قتل أم الولد سيدها بعد عتقها صح عتقها قولاً واحداً لأمرين ،

أحدهما : أن عتقها مستحق من رأس المال .

والثاني : أن في استبقائها على حالها إضراراً بالورثة لأنهم لا يقدرُونَ على بيعها ، وخالف استبقاء رق المدبر للقدره على بيعه — ثم ينظر في أم الولد إذا كان قتلها عمداً — فإن لم يكن ولدها باقياً قتل قوداً ، وإن كان باقياً سقط القود عنها لأن ولدها شريك للورثة في القود فيها ، وهو لا يستحق القود من أمه فسقط حقه ، وإذا سقط القود عنها في حق بعض الورثة سقط في حق الجميع اهـ .

ولو أن رجلاً وصى لابن قاتله أو لأبيه أو لزوجته صحت الوصيه لأن القاتل غير الموصى له ، ولو أوصى لعمد القاتل لم تجز في أحد القوانين لأنها وصيه للقاتل ، ولو أقر رجل لقاتله بدين كان إقراره نافذاً قولاً واحداً لأن الدين لازم وهو من رأس المال بخلاف الوصايا ، ولو كان للقاتل على المقتول دين مؤجل حل بموت المقتول ولا يبقى إلى أجله ، لأن الأجل حق لمن عليه الدين لا يورث عنه ، وليس كالمال الموروث إذا منع القاتل منه صار إلى الورثة ، وسواء كان القتل في الوصيه عمداً أو خطأ كما أن الميراث يمنع منه قبل العمد والخطأ ؛ فلو أجاز الورثة الوصيه للقاتل ، وقد منع منها في أحد القوانين — كان في إمضاها بإجازته وجهان من اختلاف قوانين في إمضاها للوصيه للوارث .

فإن قلنا : إن الوصيه للوارث مردودة ولا تمضي بإجازتهم ردت الوصيه للقاتل ولم تمض بإجازتهم ، وإن قلنا إنه يمضي الوصيه للوارث بإجازتهم أمضيت الوصيه للقاتل بإجازتهم ، والأصح إمضاء الوصيه للوارث بالإجازة ، ورد الوصيه للقاتل مع الإجازة ، لأن حق الرد في الوصيه للقاتل إنما هو للمقتول لما فيه من حسم الذرائع المفضيه إلى قتل نفسه فلم تضح الوصيه له . بإجازتهم ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلف قوله في الوصية للوارث فقال في أحد القولين لا تصح لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا وصية لوارث ، ولأنها وصية لا تلزم لحق الوارث فلم تصح ، كما لو أوصى بمال لهم من غير الميراث فعلى هذا الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها ما يعتبر في الهبة . والثاني تصح لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تجوز لوارث وصية إلا أن شاء الورثة ، فدل على أنهم إذا شاءوا كانت وصية ، وليست الوصية في ملكه وإنما يتعلق بها حق الورثة في الثاني فلم يمنع صحتها كبيع ما فيه شفعة ، فعلى هذا إذا أجاز الورثة نفذت الوصية

(فصل) ولا تصح الوصية لمن لا يملك فإن وصى لميت لم تصح الوصية لأنه تملك فلم يصح للميت كالهبة ، وإن وصى لمحل تيقن وجوده حال الوصية بأن وضعته لدون ستة أشهر من حين الوصية أو استة أشهر وليست بفراش صحت الوصية لأنه يملك بالإرث فملك بالوصية ، وإن وضعته استة أشهر وهي فراش لم تصح الوصية لأنه يجوز أن يكون حدث بعد الوصية فلم تصح الوصية بالشك فإن ألقته ميتاً لم تصح الوصية لأنه لا يتيقن حياته حال الوصية ، وهذا لا يحكم له بالإرث فلم يحكم له بالملك بالوصية ، فإن وصى لما تحمل هذه المرأة لم تصح الوصية . وقال أبو إسحاق تصح والمذهب الأول لأنه تملك لمن لا يملك فلم يصح

(فصل) فإن قال وصيت بهذا العبد لأحد هذين الرجلين لم يصح لأنه تملك لغير معين ، فإن قال أعطوا هذا العبد أحد هذين الرجلين جاز لأنه ليس بتمليك وإنما هو وصية بالتمليك ، ولهذا أو قال بعت هذا العبد من أحد هذين الرجلين لم يصح ولو قال لو كيله بعت هذا العبد من أحد هذين الرجلين جاز

(فصل) فإن أوصى لعبد كانت الوصية لوارثه ، لأن العبد لا يملك فكانت الوصية للوارث ، وقد بيناه ، فإن وصى لمكاتبه صحت الوصية ، لأن المكاتب يملك المال بالعقد فصحت له الوصية ، فإن وصى لأم ولده صحت لأنها حرة عند الاستحقاق ، فإن وصى لمديره وعنق من الثالث صحت له الوصية

لأنه حر عند الموت فهو كأم الولد ، فإن لم يعتق كانت الوصية للوارث وقد بيناه
 فإن وصى لعبد غيره كانت الوصية لمولاه ، وهل يصح قبوله من غير إذن المولى
 فيه ؟ وجهان (أحدهما) وهو الصحيح أنه يصح ويملك به المولى كما يملك
 ما يصطاده غير إذنه

(والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه لا يصح لأنه تملك للسيد
 بمقد فلم يصح القبول فيه من غير إذنه ، وهل يصح قبول السيد ؟ فيه وجهان .
 (أحدهما) لا يصح لأن الإيجاب للعبد فلم يصح قبول السيد كالايجاب في البيع
 (والثاني) يصح لأن القبول في الوصية يصح لغير من أوجب له وهو الوارث
 بخلاف البيع .

(الشرح) حديث جابر أخرجه الدارقطني وصوب إرساله ، ويبدو أن
 المصنف ساقه لاحتجاج الشافعي به في أحد قوايه ، وإلا لحديث عمرو بن خارج
 رواه البخاري ومسلم وأحمد والنسائي والترمذي وصححه والدارقطني والبيهقي
 أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب على ناقته وأنا تحت جرائها وهي تقصع
 بجرتها ، وإن لغامها يسيل بين كنفى فسمعتة يقول : إن الله قد أعطى كل ذي حق
 حقه فلا وصية لوارث ،

وعن أبي أمامه عند أحمد والبخاري ومسلم وأبي داود والترمذي قال سمعت
 رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه
 فلا وصية لوارث ، وأخرجه الدارقطني عن ابن عباس قال : قال رسول الله
 صلى الله عليه وسلم : لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة ،

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
 : لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة ، رواه الدارقطني ، وهذا الحديث قال
 فيه الشافعي رضي الله عنه : إن هذا المتن متواتر . قال وجدنا أهل الفتيا ومن
 حفظنا عنهم من أهل العلم بالماغازي من قريش وغيرهم لا يختلفون في أن النبي
 صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح : لا وصية لوارث ، وبأثرونه عن محفوظونه
 عنه عن لقوه من أهل العلم ، فكان نقل كافه عن كافه فهو أقوى من نقل واحد

قلت : وقد ضعف الحافظ بن حجر جميع طرقه وقال : لا يخلو واحد منها من مقال ولا كنهه يسلم بأنها في مجموعها تصل إلى درجة الاحتجاج بها .
وقد عده السيوطي في الأحاديث المتواترة في كتابه الموسوم بالآثار المتناثرة في الأحاديث المتواترة . وهو مروي عن أبي أمامة وعمر بن خارجه وعلي وابن عباس وعمر بن دينار وأبي جعفر الباقر وجابر بن الله وعمر بن شعيب عن أبيه عن جده وزيد بن أرقم والبراء بن عازب . وقد نازع الفخر الرازي في كون هذا الحديث متواتراً . قال وعلي تقدير تسليم ذلك فالشهور من مذهب الشافعي أن القرآن لا ينسخ بالسنة

قال الحافظ بن حجر : لكن الحجة في هذا إجماع العلماء على مقتضاه ، كما صرح به الشافعي وغيره .

ثم قال والمراد بعدم صحة وصية الوارث عدم اللازم ، لأن الأكثر على أنها موقوفة على إجازة الورثة .

وقال الصنعاني في سبيل السلام : الأقرب وجوب العمل به لتعدد طرقه ، وإن نازع الفخر في تواتره ، ولا يضر ذلك بثبوته . وقبل إنما لا تصح الوصية لوارث أصلاً ، وهو الظاهر لأن النفي إما أن يتوجه إلى الذات ، والمراد لا وصية شرعية . وإما إلى ما هو أقرب إلى الذات وهو الصحة ، ولا يصح أن يتوجه هاهنا إلى الكمال الذي هو أبعد المجازين . وقد اختلف في تعيين ناسخ آية الوصية للوالدين ، فقبل آية الفرائض ، وقبل الأحاديث المذكورة في الباب . وقبل دل الإجماع على ذلك وإن لم يتعين دليله

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : أخبرنا ابن عيينة عن سليمان الأحول عن مجاهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا وصية لوارث ، وما وصفت من أن الوصية للوارث منسوخة بأي الموارث وأن لا وصية لوارث مما لا أعرف عن أحد من لقيت خلافاً .

وإذا كانت الوصايا لمن أمر الله تعالى ذكره بالوصية منسوخة بأي الموارث وكانت السنه تدل على أنها لا تجوز لو ارت ، وتدل على أنها تجوز لغير قرابة دل ذلك على نسخ الوصية للورثة ، وأشبه أن يدل على نسخ الوصايا لغيرهم قال ودل على أن الوصايا للوالدين وغيرهما ممن يرت بكل حال إذا كان في معنى غير وارت فالوصية له جائزة ومن قبل أنها إنما بطلت وصيته إذا كان وارثاً ، فإذا لم يكن وارثاً فليس يبطل للوصية . وإذا كان الموصى يتناول من شاء بوصيته كان والده دون قرابته إذا كانوا غير ورثة في معنى من لا يرث ، ولهم حق القرابة وصلة الرحم .

* * *

وقال الشافعي رضي الله عنه في باب الوصية للوارث من الأم : ورأيت متظاهراً عند عامه من لقيت من أهل العلم بالمغازي (١) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته عام الفتح : لا وصية لوارث ، فحكم الوصية لوارث حكم ما لم يكن ، فتي أوصى رجل لوارث وقفنا الوصية ، فإن مات الموصى والموصى له وارث ، فلا وصية له ، وإن حدث للموصى وارث يحجبه أو خرج الموصى له من أن يكون يوم يموت وارثاً له ، بأن يكون أوصى صحيحاً لامرأته ثم طلقها ثلاثاً ثم مات مكانه ، فالوصية لها جائزة لأنها غير وارثة ؛ وإنما ترد الوصية وتجوز إذا كان لها حكم ، ولا يكون لها حكم إلا بعد موت الموصى حتى يجب أو تبطل .

ولو أوصى لرجل وله دونه وارث يحجبه فمات الوارث قبل الموصى فصار الموصى له وارثاً ، أو لامرأة ثم نكحها ومات وهي زوجته بطلت الوصية أمما معاً ، لأنها صارت وصية لوارث

(١) ١- كان أظهر ما في التاريخ من المحولات الاجتماعية والسياسية هو المغازي فقد كان المؤرخون يسمون (أهل العلم بالمغازي)

ولو أوصى لوارث وأجنبي بعبد أو دار أو ثوب أو مال مسمى بطل نصيب الوارث وجاز للأجنبي ما يصيبه وهو النصف من جميع ما أوصى به للوارث والأجنبي ، ولكن لو قال : أوصيت بكذا لفلان وفلان فإن كان سمي للوارث ثانياً ولاجنبي ثلثي ما أوصى به جاز للأجنبي ما سمي له ، ورد عن الوارث ما سمي له ، ولو كان له ابن يرثه ولابنه أم ولدته أو حضنته ، أو أرضعته أو أب أرضعته أو زوجه أو ولد لا يرثه أو خادم أو غير فأوصى لهؤلاء كلهم أو لبعضهم جازت الوصية لهم لأن كل هؤلاء غير وارت وكل هؤلاء مالك لما أوصى له به للملك لئلا إن شاء منعه ابنه وإن شاء أعطاه إياه .

وقال الصنعاني في سبيل السلام : وذهب الهادي وجماعة إلى جوازها مستدلين بقوله تعالى : كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ، الآية ، قالوا : ونسخ الوجوب لا ينافي بقاء الجواز ، قلنا : نعم لو لم يرد هذا الحديث ، فإنه ناف لجوازها إذ وجوبها قد علم نسخه من آية الموارث كما قال ابن عباس : كان المال للولد والوصية للوالدين ، فنسخ الله سبحانه من ذلك ما أحب ، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين ، وجعل للأبوين لكل واحد منهما السدس وجعل للمرأة الثمن والربع وللزوج الشطر والربع .

وقوله في الحديث : إلا أن يشاء الورثة ، دليل على صحة الوصية ونفاذها للوارث إن أجازها الورثة ، لأنهم قد أسقطوا حقهم ، وهو قول جمهور الفقهاء ماعدا المازني من أصحاب الشافعي وداود بن علي الظاهري وأصحابه وبعض الحنابلة حيث قالوا : لا أثر لإجازتهم ، والظاهر أن لهم أثراً في جوازها ، لأنه صلى الله عليه وسلم لما نهى عن الوصية للوارث قيدها بقوله إلا أن يشاء الورثة وأطلق لما منع الوصية عن الزائد عن الثلث ، وليس لنا تقييد ما أطلقه ومن قيد هناك قال : إنه يؤخذ القيد من التعليل بقوله (إنك إن تذر . . الخ) فإنه دل على أن المنع من الزيادة على الثلث كان مراعاة لحق الورثة ، فإن أجازوا سقط حقهم ولا يخلو عن قوة . هذا في الوصية للوارث ، واختلفوا إذا أقر المريض للوارث بشيء من ماله فأجازه الأوزاعي وجماعة مطلقاً .

وقال أحمد : لا يجوز اقرار المريض لو ارثه مطلقا ، واحتج بأنه لا يؤمن بعد المنع من الوصية لو ارثه أن يجعلها اقرارا ؛ واحتج الأول بما يتضمن الجواب عن هذه الحجة فقال : ان التهمة في حق المحتضر بعيدة وبأنه وقع الاتفاق أنه لو أقر بوارث آخر صح اقراره مع أنه يتضمن الإقرار بالمال وبأن مدار الأحكام على الظاهر فلا يترك اقراره للظن المحتمل فإن أمره الى الله .

(قلت) وهذا القول أقوى دليلا ، واستثنى مالك ما اذا أقر ابنته ومعهما من يشاركها من غير الولد ، كابن العم قال : لأنه يتهم في أنه يزيد لابنته ، وينقص ابن العم ، وكذلك استثنى ما اذا أقر لزوجته المعروف بمحبته لها وميله اليها ، وكان بينه وبين ولده من غيرها تباعد لا سيما اذا كان له منها ولد في تلك الحال . قلت : والاحسن ما قيل عن بعض المالكية واختاره الروياني في بحر المذهب من أصحابنا : ان مدار الأمر على التهمة وعدمها ، فإن فقدت جاز والا فلا ، وهي تعرف بقرائن الأحوال وغيرها .

وعن بعض الفقهاء : أنه لا يصح اقراره الا للزوجة بمهرها ، وسيأتي مزيد ايضاح ان شاء الله . وقاعدة الخلاف أن الوصية اذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ ، فاذا اجازها الورثة لزم الوصية ، وان كانت باطلة كانت هبة مبداه تفتقر الى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض ، ولو رجع المجيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض صح رجوعه .

وأما بقية الفصول من الوصية للعبد والمكاتب وأم الولد وعبد غيره فعلى وجهها ، ولا تمتفر الى مزيد والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وتجوز الوصية بالمشاع والمقسوم لأنه تملك جزء من ماله لجاز في المشاع والمقسوم كالبيع ، ويجوز بالمجهول كالحمل في البطن واللبن في الضرع وعبد من عبيد وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الأبق لأن الموصي له بخلاف الميت في ثلثه كما يخلفه الوارث في ثلثه فلما جاز أن يخلف الوارث الميت

، هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له ، فان وصى بمال الكتابة جاز لما ذكرناه ، فان وصى برقبته فهو على القولين في بيعه .

(فصل) فان وصى بما تحمله الجارية أو الشجرة صحت الوصية لان المعلوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة ، لجاز أن يملك بالوصية ، ومن أصحابنا من قال : اذا قلنا : ان الاعتبار بحال الوصية لم تصح لأنه لا يملك في الحال ما وصى به .

(فصل) وتجوز الوصية بالمنافع لانها كالأعيان في الملك بالعقد والارت فكانت كالأعيان في الوصية ويجوز بالعين دون المنفعة وبالعين لو احد وبالمنفعة لآخر لان المنفعة والعين كالعين لجاز فيهما ما جاز في العينين ويجوز بمنفعة مقدرة بالمدة وبمنفعة مؤبدة لان المقدرة كالعين المعلومه والمؤبدة كالعين المجهولة فصحت الوصية بالجميع .

(فصل) وتجوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات كالسجاد والزيت النجس والكلب وجلد الميتة لأنه يحل اقتناؤها للانتفاع بها فجاز نقل اليد فيما بالوصية ، ولا يجوز بما لا يحل الانتفاع به كالخمر والخنزير والكلب العقور لأنه لا يحل الانتفاع بها ولا تقرر اليد عليها فلم تجز الوصية بها .

(الشرح) اذا أوصى لرجل بمعين من ماله ، ولاخر بجزء مشاع منه كثلث المال ورابعه فأجيز لهما ، انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم يشارك صاحب المعين فيه فيقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كمسائل العول وكما لو أوصى لرجل بماله ولاخر بجزء منه ، فأما في حال الرد فان كانت وصيتهما لا تتجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بمعين قيمته سدس المال ، فهي بحال الاجازة سواء اذ لا أثر للرد ، وان جازت لئله رددنا وصيتهما الى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما الا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والاخر يأخذ حقه من جميع المال ، وقد رجح ابن قدامة من الخاتبة أنهما يقتسمان الثلث على حسب مالهما في الاجازة . وهذا قول ابن أبي ليلى

وقال أبو حنيفة ومالك في الرد : يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الاخر

سهامه إلى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الخرق لأن له السدس ، وللورثة أربعة أسداس وهو مثل كلام الخرق من الخنابلة إلا أن الخرق يعطيه السدس من جميع المال وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر المعين .
واتفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع إلى نصف وصيته ، لأن كل واحد منهما قد أوصى له بثلث المال وقد رجع الوصيان إلى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته ، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية .

قال الشافعي : ولو أوصى له بالثلث من دار أو أرض فأذهب السيل ثلثيها وبقي ثلثها ، فالثلث الباقي الموصى له إذا خرج من الثلث ، فسوى الشافعي رضي الله عنه بين استحقاق الثلثين مشاعا وبين ذهاب ثلثيها بالسيل محوزاً في أن الوصية تكون بالثلث الباقي بعد الاستحقاق والتلف بالسيل ، والذي أراه الفرق بين المسألتين من أن استحقاقه لا يمنع من إمضاء الوصية بالثلث الباقي كله وذهاب الثلثين منها بالسيل يمنع أن تكون الوصية بجميع الثلث الباقي ، وبوجب أن تكون الوصية بثلث الثلث الباقي ، فإذا استحق ثلثيها لم يمنع أن يكون الثلث الباقي شاعاً في جميعها فصحت الوصية في جميعه ، فوجب الوصية في ثلث ما بقي وثلث ما هلك يكون حكم الإشاعه في الجميع باقياً .

الأتري لو أن رجلاً اشترى من رجل نصف دار جميعها بيده ، ثم استحق بعد الشراء نصفها كان النصف الباقي هو المبيع منها .

(فإن قيل) أفليس لو أوصى له برأس من غنمه فملك جميعها إلا رأساً منها بقي ، فإن الوصية تتمين فيه ولا يكون الهالك وإن كان متميزاً من الوصية وغيرها فملا كان ما هلك بالسيل كذلك . قيل الوصية برأس من غنمه يوجب الإشاعه في كل رأس منها ؟ وإنما جعل إلى الوارث أن يعينه فيما شاء من ميراثه ، وليس كذلك الوصية بثلث الدار لأن الثلث شائع في جميعها فافتراقاً فإذا تقرر ما وصفته من مذهب الشافعي في النسوية بين الاستحقاق والتلف وما رأيت من الفرق بين الاستحقاق والتلف ففرع على ذلك ما صح به الجواب .

(فرع) إذا أوصى بشجرة مدة أو بما تثمر أبداً صحت لجواز ملك المدوم ومن ثم لم يملك واحد من الموصى له أو الوارث إجبار الآخر على سقيها لأنه لا يجبر على سقى ماله ولا سقى ملك غيره ، وإذا أراد أحدهما سقى الشجرة على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه ، وإذا يئست الشجرة كان حطبها للوارث ، لأن الموصى له ليس له منها إلا الثمرة ، وإن وصى له بثمرتها سنة بعينها فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للموصى له .

وإن قال : لك ثمرتها أول العام الذي تثمر فيه صح وله ثمرتها أول عام تثمر وكذلك إذا أوصى له بما تحمل شاته ، وإن أوصى لرجل بشجرة وآخر بثمرتها صح وكان صاحب الرقبه قائماً مقام الوارث وله ماله ، وإن وصى بلبن شاة وصوفها صح كما تصح الوصية بثمرة الشجرة . وكذلك إن وصى بلبن خاص أو صوفها خاصة صح ، ويقوم الموصى به دون العين .

(فرع) يجوز الوصية بالمنافع فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولو أوصى بخدمة عبده أو بغلة داره وثمره بستانه - والثالث يحتمله - جاز ذلك له .

قلت : إن الرصايا بمنافع الأعيان جائزة كالوصايا بالأعيان لأنه لما صح عقد الإجارة عليها صح بالأولى الوصية بها ، وسواء قدرت بمدة أو جعلت مؤبدة . وقال ابن أبي ليلى : إن قدرت بمدة تصح فيها الإجارة صحت ، وإن لم تقدر بمدة تصح فيها الإجارة بطلت ، حملاً للوصية على الإجارة .

وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجمهور الفقهاء إلى جواز الوصية بها على التأييد بخلاف الإجارة لأن الرصايا تجوز مع الجهالة فإذا صح جوازها مقدرة ومؤبدة فقد ذكر الشافعي رضي الله عنه الوصية بخدمة العبد وغلة الدار وثمره البستان ، فأما الوصية بخدمة العبد فله أن يؤجره وله أن يستخدمه كما يجوز له أن يوصي لفلان بفرسه ولا آخر بركوبها فيكون لأحدهما عينها وللآخر منفعتها على ما سيأتي إن شاء الله تعالى .

(فرع) الوصية بالميتة جائزة لأنه قد يدبغ جلدها ويطعم بزاته لحمها . وكذلك الوصية بالروث والزبل ، لأنه قد ينتفع به في تسميد الأرض وإخصابها للغرس والزرع ، ولا شك أن الشرع الحكيم بسماحته وإحاطته بمصالح البشر لم يقف من

النجاسات موقف العداء المطلق ، فإنه متى ثبت أن لها فائدة ما في حياة الناس فلا بد أن تقتنص هذه الفائدة ، وإننا في عصر تقدمت فيه العلوم الكيميائية حتى صنعت المواد السمادية من الهواء ، فإنه يُكتشف بأجهزة التكثيف ويستخرج منه أثقل الاجسام صلابه وثقلا كسلفات النشادر ، ومع التطور العظيم في علوم الكيمياء والأسمدة ، فإن الاجماع بين المتخصصين منعة على أن أعلى أنواع السماد وأسلمها للأرض وأعظمها إخصاباً للترية هو الاسمدة العضوية كالروث والبراز الحيواني والآدمي لهذا أجاز الوصية بكل نافع ولو كان نجسا .

أما الوصية بالخمر والخنزير والكلب العقور فباطلة ، لأن الانتفاع بها محرم فلو أنه أوصى بجرة فيها خمر قال الشافعي رضي الله عنه : أريق الخمر ودفعت إليه الجرة ، لأن الجرة مباحة والخمر حرام .

فأما الوصية بالحيات والعقارب وحشرات الارض والسباع والذئاب فباطلة لأنه لا منفعة فيها جميعاً . فأما الوصية بالفيل فإن كان منتفعاً به لجائز لجواز أن يبيعه ويقوم في التركة ويعتبر من الثلث ، وإن كان غير منتفع به فالوصية باطلة . فأما الفهد والنمر والشامين والصقر فالوصية بذلك جائزة لأنها جوارح ينتفع بها للصيد وتقوم في التركة لجواز بيعها وتعتبر في الثلث ، وأما الوصية بما تصيده الكلاب فباطلة لأن الصيد لمن صاده

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز تعليق الوصية على شرط في الحياة لأنها تجوز في المجهول فجاز تعليقها بالشرط كالطلاق والعنق ، ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت لأن ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة ، فإذا جاز تعليقها على شرط في الحياة جاز بعد الموت .

(فصل) وإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء لزم الموت لأنه لا يمكن اعتبار القبول فلم يعتبر ، وإن كانت لمعين لم تازم إلا بالقبول لأنه تملك لمعين

فلم يلزم من غير قبول كالبيع ، ولا يصح القبول إلا بعد الموت ، لأن الإيجاب بعد الموت فكان القبول بعده . فان قبل حكم له بالملك . وفي وقت الملك قولان منصوصان .

(أحدهما) تملك بالموت والقبول ، لأنه تملك يفتقر إلى القبول فلم يقع الملك قبله كالهبة .

(والثاني) أنه موقوف ، فان قبل حكمنا بأنه ملك من حين الموت ، لأنه لا يجوز أن يكون للموصى لأن الميت لا يملك ، ولا يجوز أن يكون للوارث لأن الوارث لا يملك إلا بعد الدين والوصية ؛ ولا يجوز أن يكون للموصى له لأنه لو انتقل إليه لم يملك رده كالميراث ، فثبت أنه موقوف .

وروى ابن عبد الحكم قولاً ثالثاً أنه يملك بالموت ووجهه أنه مال مستحق بالموت فانتقل به كالميراث .

(فصل) وإن رد نظرت ، فان كان في حياة الموصى لم يصح الرد لأنه لا حق له في حياته فلم يملك إسقاطه كالشفيع إذا عفا عن الشفعه قبل البيع ، وان رد بعد الموت وقبل القبول صح الرد لأنه يثبت له الحق فملك إسقاطه كالشفيع إذا عفا عن الشفعه بعد البيع وان رد بعد القبول وقبل القبض ففيه وجهان

(أحدهما) لا يصح الرد لأنه ملكه ملكاً تاماً فلم يصح رده ، كما لو قبضه (والثاني) أنه يصح الرد ، وهو المنصوص لأنه تملك من جهة الأدمى من غير بدل فصح رده قبل القبض كالوقف ، وان لم يقبل ولم يرد كان للورثة المطالبة بالقبول أو الرد ، فان امتنع من القبول والرد حكم عليه بالرد ، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة ، كما لو تحجر أرضاً فامتنع من أحيائها أو وقف في مشرعه ماء فلم يأخذ ولم ينصرف .

(فصل) وان مات الموصى له قبل الموصى بطلت الوصية ولا يقوم وارثه مقامه لأنه مات قبل استحقاق الوصية ، وان مات بعد موته وقبل القبول قام وارثه مقامه في القبول والرد لأنه خيار ثابت في تملك المال ، فقام الوارث مقامه كخيار الشفعه .

(الشرح) نصح الوصية المطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يقول : إن مت فتلى للمساكين أو لفلان ، والمقيدة أن يقول : إن مت من مرضى هذا أو في هذه البلدة أو في سفرى هذا فتلى للمساكين ، فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البلدة ثم مات بعد ذلك فليس له وصية ، وبهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي .

وقال مالك : إن قال قولا ولم يكتب كتاباً فهو كذلك ، وإن كتب كتاباً ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها مالم ينقضها .

ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت : كما لو لم يكتب كتاباً أو كما لو وصى لقوم فماتوا قبله ، ولأنه قيد وصيته بقيد فلا يتمداه كما ذكرنا ، وإن قال لأحد عبديه : أنت حر بعد موتى ، وقال الآخر : أنت حر إن مت في مرضى هذا فمات في مرضه فالعبدان سواء في التدبير . وإن برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقي تدبير المطلق بحاله ، ولو وصى لرجل بثلاثة وقال : إن مت قبلى فهو لعمر وصحت وصيته على حسب ما شرطه له ، وكذلك في سائر الشروط فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال (المسلمون على شروطهم) .

(فرع) ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول في قول جمهور الفقهاء . إذا كانت المعين يمكن القبول منه لأنها تملك مال لمن هو من أهل الملك متعين ؛ فاعتبر قبوله كالهبة والبيع ، فأما إن كانت لغير معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم كبن هاشم وتميم أو على مصلحة كمسجد ومستشفى ومدرسة أو حج لم يفتقر إلى قبول ولزم الموت ، لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر ، فيسقط اعتباره كالوقف عليهم ، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله ، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به مثل أن يوصى بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يعتق عليه ، ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم بدليل ما ذكرنا من المسألة وإنما ثبت لكل واحد منهم بالقبض فيقوم قبضه مقام قبوله .

أما الأدمى المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يتعين القبول باللفظ بل بحزى مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى كقولنا في الهبة والبيع

فإذا ثبت هذا : فإن الوصية تشتمل على أمرين . أحدهما : العطية ، والثاني الولاية ، فأما العطية فهو ما يوصى به الرجل من أمواله لمن أحب ، فالوقت الذي يصح فيه قبول ذلك ورده بعد موت الموصى ، فإن قبل أو رد بعد موته صح ، وكان على ما مضى من حكم القبول والرد ، فأما في حياة الموصى فلم يصح قبوله ولا رده . وقال أبو حنيفة : يصح الرد ولا يصح القبول ، لأن الرد أوسع حكماً من القبول ، وهذا فاسد لأمر ، منها أن الرد في مقابلة القبول لانهما معاً يرجعان إلى الوصية ، فلما امتنع أن يكون ما قبل الموت زماناً للقبول ، امتنع أن يكون زماناً للرد وصار كزمان ما قبل الوصية الذي لا يصح فيه قبول ولا رد ، وعكسه ما بعد الموت لما صح فيه القبول صح فيه الرد ، ومنها أن الرد في حال الحياة عرف ، وقيل : وقت الاستحقاق ، فجري مجرى العفو عن القصاص قبل وجوبه ، وعن الشفعة قبل استحقاقها ، ومنها أنه قبل الموت مردود عن الوصية فلم يكن رده لها مخالفاً لحكمها .

وأما الوصية بالولاية على مال طفل أو تفريق ثلثه أو تنفيذ وصية فيصح قبولها وردها في حياة الموصى وبعد موته بخلاف وصايا العطايا ، وكان قبوله في حياة العاقد أصح ، وذلك عطية تقبل في زمان التملك ، ولورد الوصية في حياة الموصى لم يكن له قبولها بعد موته ولا في حياته ، ولو قبلها في حياة الموصى صح وكان له المقام عليها إن شاء والخروج منها إذا شاء في حياة الموصى وبعد موته . وقال أبو حنيفة : ليس له الخروج من الوصية بعد موت الموصى ، ويجوز له الخروج منها في حياته إذا كان حاضراً ، وإن غاب لم يجز وهذا فاسد من وجهين (أحدهما) أن ما كان لازماً من العقود استوى حكمه في الحياة وبعد الموت وما كان غير لازم بطل ؛ فالموت والوصية ان خرجت عن أحدهما صارت أصلاً يفتقر إلى دليل (والثاني) لو كان حضور الحي شرطاً في الخروج من الوصية لكان رضاه معتبراً ، وفي إجماعهم على أن رضاه ، وإن كان حاضراً غير معتبر دليل على أن الحضور غير معتبر ، ولا يخلو إذا رد الوصية من خمسة أحوال ،

أ - أن يردّها قبل موت الموصى ، فلا يصح الرد لعدم وقوع الرصية فأشبهه رد المبيع قبل إيجاب البيع ، ولأنه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلاً للرد كما قبل الرصية . ب - أن يردّها بعد الموت وقبل القبول ، فيصح الرد وتبطل الرصية لا نعلم فيه خلافاً لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه فأشبهه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع . ج - أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر فأشبهه رده لسلار ملكه إلا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة . د - أن يرد بعد القبول وقبل القبض وفيه وجهان (أحدهما) يصح الرد لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض ، ولأن ملك الوصى لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثاني) لا يصح الرد لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض . هـ - أن يمتنع عن القبول والرد وهذا يكون حكمه حكم الرد ، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة ، ومثاله من تحجر أرضاً ثم امتنع من إحيائها ، أو وقف على جدول ماء فلم يأخذ ولم ينصرف وعطل مرور الماء على من ينتفعون به لإرواء إنسان أو حيوان أو نبات ، وفرق الخنابلة في (ج) بين المكيل والموزون وغيرهما وقد اختلف أصحابنا فيما قبل القبول وبعد الموت متى يحصل ملك الوصية للموصى له ، وهل تكون باقية على ملك الموصى أو داخله في ملك الورثة على وجهين . أحدهما وهو قول ابن مريج وأكثر البصريين أن ملك الوصية منتقل عن الميت إلى ورثته ثم بالقبول تدخل في ملك الموصى له لزال ملك الموصى بالموت . والوجه الثاني وهو قول أبي إسحاق المروزي وأكثر البغداديين أن الوصية باقية على ملك الموصى بعد موته حتى يقبلها الموصى له فتدخل في ملكه بقبوله وتنقل إليه عن الموصى لأن الوصية تملك عنه كالميراث ، ووجه هذا القول أن الوصية تملك بالقبول فلم يحز أن يتقدم المالك على قبولها كالهبات .

قال الشافعي : وهذا قول ينكسر ، والقول الثاني وهو أصحهما أن القبول يدل على حصول الملك بالموت فيكون المالك موقوفاً مراعى ، فإن قبل دل على تقدم ملكه ، وإن لم يقبل دل على عدم ملكه ، ووجه هذا القول أنه لما امتنع أن يبقى للميت ملك وأن الوارث لا يملك الإرث اقتضى أن يكون المالك موقوفاً على

قبول الموصى له ورده ، وحقه في القبول باق مالم يعلم ، فإذا علم فإن كان عند انفاذ الوصايا وقسمة التركة فقبوله على الفور ، فإن قبل وإلا بطل حقه في الوصية ، فأما بعد علمه وقبل انفاذ الوصايا وقسمة التركة ، فذهب الشافعي وقول جمهور أصحابه أن القول فيه على التراخي لا على الفور فيكون ممتداً مالم يصرح بالرد حتى تنفذ الوصايا وتقسم التركة .

وحكى أبو القاسم بن كج عن بعض أصحابنا أن القبول بعد علمه على الفور لأنها عطية كالميراث ، وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعي قولاً ثالثاً أن الوصية تدخل في ملك الموصى له بغير قبول ولا اختيار كالميراث ، فاختلف أصحابنا في تخريجه قولاً ثالثاً للشافعي فخرجه أبو علي بن أبي هريرة وأكثر متأخري المتقدمين من أصحابنا قولاً ثالثاً تعليلاً بالميراث ، وامتنع أبو إسحاق المروزي وأكثر قدامى المتقدمين من أصحابنا من تخريجه قولاً ثالثاً ، وتأولوا رواية ابن عبد الحكم بأحد تأويلين ، إما حكاية عن مذهب غيره ، وإما على معنى أن بالقبول يعلم دخولها بالموت في ملكه ، وفي طبيعة الوصية والفرق بينها وبين الميراث بأن الميراث عطية من الله تعالى فلم يراع فيه القبول ، والوصية عطية من آدمي فروع فيها القبول (فرع) قال الشافعي : ولو مات قبل أن يقبل أو يرد قام ورثته مقامه . وبيانه أن الموصى له لا يخلو أن يكون في حياة الموصى أو بعد موته ، فإن مات الموصى له في حياة الموصى قالذي عليه جمهور الفقهاء أن الوصية له قد بطلت وليس لو ارثه قبولها بعد موت الموصى .

وحكى عن الحسن البصري أن الوصية لا تبطل بموته ، ولو ارثته قبولها . قال الماوردي : وهذا قاسد من وجهين ، أن الوصية في غير حياة الموصى غير لازمة ، وما ليس بلازم من المقود يبطل بالموت ، ولأن الوصية له لا اورثته ، وهو لا يملك الوصية في حياة الموصى .

وإن مات الموصى له بعد موت الموصى لم يخل حال الموصى له قبل موته من ثلاثة أحوال ، أحدها : أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد بطلت برده وليس لو ارثه قبولها بعد موته إجماعاً . والحال الثانية : أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد ملكها أو انتقلت بموته إلى وارثه ، وسواء

قبضها الموصى له في حياته أم لا ، لأن القبض ليس بشرط في تملك الوصية ،
والحال الثالثة : أن يموت قبل قبوله ورده فعلى مذهب الشافعى يقوم وارثه مقامه
في القبول والرد ولا تبطل الوصية بموته قبل القبول . وقال أبو حنيفة : إذا مات
قبل القبول بطلت الوصية له كالهبة ، وهذا قاسد ، لأن ما استحقه في التركة لم
يسقط بالموت كالدين ، ولأن كل سبب استحق به تملك عين بغير اختيار مالئها
لم تبطل بموته قبل تملكها كالرد بالعيب ، وفارقت الوصية الهبة من حيث إن
الهبة قبل القبض غير لازمة لحاز أن تبطل بالموت ، والوصية قبل القبول لازمة
فلم تبطل بالموت ، فإذا ثبت أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له قبل الرد والقبول
فورثته يقومون مقامه في القبول والرد ، ولهم ثلاثة أحوال ، حال يقبل جميعهم
الوصية ، وحال يرد جميعهم الوصية ، وحال يقبلها بعضهم ويردها بعضهم ، فإن
قبلوها جميعاً فعلى القول الذى يجعل القبول دالاً على عدم الملك بالموت ، فالملك
للوصية بقبول الورثة هو الموصى له لا الورثة . فأما على القول الذى يجعل
القبول ملكاً ، فقد اختلف أصحابنا هل تدخل الوصية في ملك الموصى له بقبول
ورثته أم لا ، على وجهين .

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وأبي المروذى : أن الوصية
يملكها الورثة دون الموصى له لحدوث الملك بقبولهم .

(والوجه الثانى) وهو الظاهر من المذهب ، وبه قال أكثر البصريين وحكاه
أبو القاسم بن كج عن شيوخه أن الوصية يملكها الموصى له بقبول ورثته ، وإن
كان القبول ملكاً ، لأنها لو لم تدخل في ملكه لبطلت : لأن الورثة غير موصى
لهم ، فلم يحز أن يملك الوصية من لم يوصى له ، ولو رد الورثة بأجمعهم الوصية
بطلت بردهم لها ، والله أعلم وهو الموافق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يعتبر من الثلث

ما وصى به من التبرعات كالعتق والهبة والهدقة والمحاباة في البيع يعتبر من الثلث ، سواء كانت في حال الصحة أو في حال المرض ، أو بعضها في الصحة وبعضها في المرض ؛ لأن لزوم الجميع عند الموت ، فأما الواجبات من ديون الأدميين وحقوق الله تعالى كاللحج والزكاة فإنه إن لم يوصر بها وجب قضاؤها من رأس المال دون الثلث ، لأنه إنما منعه من الزيادة على الثلث لحق الورثة ، ولا حق للورثة مع الديون ؛ فلم تعتبر من الثلث

وإن وصى أن يؤدي ذلك من الثلث اعتبر من الثلث ، لأنها في الأصل من رأس المال فلما جعلها من الثلث علم أنه قصد التوفير على الورثة فاعتبرت من الثلث . وإن وصى بها ولم يقل إنها من الثلث ، ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أنه تعتبر من الثلث وهو ظاهر النص ، لأنها من رأس المال ، فلما وصى بها علم أنه قصد أن يجعلها من جملة الوصايا فجعل سبيلها سبيل الوصايا . (والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنه إن لم يقرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من رأس المال ، وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من الثلث ، لأنها في الأصل من رأس المال ، فإذا عريت عن القرينة بقيت على أصامها ، وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث علم أنه قصد أن يكون مصرفها واحداً .

(والثالث) أنه تعتبر من رأس المال وهو الصحيح . لأنها في الأصل من رأس المال والوصية بها تقتضي التأكيد والتذكير بها ؛ والقرينة تقتضي التسوية بينهما في الفعل ، لا في السبيل ، فبقيت على أصامها .

(فصل) وأما ما تبرع به في حياته ينظر فيه فإن كان في حال الصحة لم يعتبر من الثلث لأنه مطلق التصرف في ماله لا حق لأحد في ماله فاعتبر من رأس المال ، وإن كان ذلك في مرض غير مخوف لم يعتبر من الثلث ، لأن الإنسان لا يخلو من عوارض فيمكن حكمه حكم الصحيح ، وإن كان ذلك في مرض مخوف

واتصل به الموت اعتبر من الثلث ، لما روى عمران ابن الحصين ، أن رجلاً اعتق ستة أعبد له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فباع ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للرجل قولاً شديداً ثم دعاهم فجزأهم فأرعى بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة ، ولأنه في هذه الحالة لا يأمن الموت لجعل كحال الموت ، وإن برى من المرض لم يعتبر من الثلث لأنه قد بان أنه لم يكن في ماله حق أحد ، وإن وهب في الصحة وأقبض في المرض اعتبر من الثلث لأنه لم يلزم إلا بالقبض وقد وجد ذلك منه في المرض .

(فصل) وإن باع في المرض بشمن المثل أو تزوج امرأة بمهر المثل صح العقد ولم يعتبر العوض من الثلث لأنه ليس بوصية ، لأن الوصية أن يخرج مالا من غير عوض ولم يخرج ههنا شيئاً من غير عوض وإن كاتب عبداً اعتبر من الثلث ، لأن ما يأخذ من العوض من كسب عبده وهو مال له فيصير كالعتق بغير عوض . وإن وهب له من يعتق عليه في المرض المخوف فقبله اعتبر عتقه من الثلث فإذا مات لم يرثه .

وقال أبو العباس : يعتبر عتقه من رأس المال ويرثه ، لأنه ليس بوصية ، لأنه لم يخرج من ملكه شيئاً بغير عوض ، والمذهب الأول ، لأنه ملكه بالقبول وعتق عليه ، والعتق في المرض وصية ، والميراث والوصية لا يجتمعان ، فلو ورثناه بطل عتقه ، وإذا بطل العتق بطل الإرث فأثبتنا العتق وأبطلنا الإرث .

(فصل) والمرض المخوف كالطاعون والقولنج وذات الجنب والرعاف الدائم والاسهال المتواتر ، وقيلام الدم والسل في انتهاه ، والفالج الحادث في ابتداءه ، والحمى المطبقة ، لأن هذه الأمراض لا يؤمن معها معالجة الموت فجعل كحال الموت .

فأما غير المخوف فهو كالجرب ووجع الضرس والصداع اليسير وحمى يوم أو يومين ، واسهال يوم أو يومين من غير دم ، والسل قبل انتهاه ، والفالج إذا طال ، لأن هذه الأمراض يؤمن معها معالجة الموت فإذا اتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته من هذه الأمراض ، وإن أشكل شيء من هذه الأمراض رجع فيه إلى نفسه من أطباء المسلمين ، ولا يقبل فيه قول الكافر ، وإن ضرب الحامل الطاق

فهو مخوف لانه يخاف منه الموت ، وفيه قول آخر انه غير مخوف لان السلامة منه أكثر (الشرح) حديث عمران بن حصين رواه أحمد ومسلم وأصحاب الأربعة بالفظ المصنف ، وفي رواية لأحمد ، أن رجلاً أعتق عند موته ستة رجلة له فجهاد ورثته من الأعراب ؛ فأخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما صنع . قال أو فعل ذلك لو علمنا أن شاء الله ما صلينا ، فأقرع بينهم فأعتق منهم اثنين وأرق أربعة ، ورواه أحمد وأبو داود عن أبي زيد الأنصاري ، أن رجلاً أعتق ستة أعبد عند موته ليس له مال غيرهم فأعتق اثنين وأرق أربعة ، وفي رواية أبي داود ، لو شهادته قبل أن يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين ، وهذا النص تفسير للقول الشديد الذي أبهم في روايته عمران ، وفيه تغليظ وذم بالغان ، لأن الله تعالى لم يأذن للمريض بالتصرف إلا بالثلث ، فإذا تصرف في أكثر منه كان مخالفاً لحكمه تعالى ومشايها لمن وهب غير ماله .

والحديثان يدلان على أن تصرفات المريض إنما تنفذ من الثلث ولو كانت منجزة في الحال ، ولم تصرف إلى بعد الموت ، وقد أسلفنا القول بالاجماع على عدم جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن كان له وارث ، على أن التجهيز حال المرض المخوف حكمه حكم الوصية . واختلف الفقهاء هل تعتبر الثلث من التركة حال الوصية أو حال الموت ، وهما وجهان لأصحابنا أصحابهما الموت ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وهو قول على كرم الله وجهه وجماعه من التابعين ، وقال بحال الوصية مالك وأكثر العراقيين والنخعي وعمر بن عبد العزيز ، وتمسكوا بأن الوصية عقد والعقود تعتبر بأولها . وبأنه لو نذر أن يتصدق بثلاث ماله اعتبر ذلك حال النذر اتفاقاً ، وأجيب بأن الوصية ليست عقداً من كل وجه . ولذلك لا يعتبر فيها الفورية ولا القبول ، وبالفارق بين النذر والوصية بأنها يصح الرجوع فيها والنذر يلزم ، وثمرة هذا الخلاف تظهر فيما لو حدث له مال بعد الوصية ، واختلفوا أيضاً هل يحسب الثلث من جميع المال ، أو يتقيد بما علمه الموصي دون ما خفي عليه أو تجدد له ولم يعلم به وبالأول قال الجمهور وبالثاني قال مالك ، وحجة الجمهور أنه لا يشترط أن يستحضر مقدار المال حال الوصية اتفاقاً ، ولو كان عالماً بحسنه ولو كان العلم به شرطاً لما جاز ذلك .

والكلام على الأحكام أن ما وصى به من التبرعات والهبات والصدقات والمحاباة في البيع بأن يكون المبيع مقوماً بعشرة فيوصى ببيعه بخمسة مثلاً بعد موته ، فإن الخمسة الباقية وهي قدر المحاباة تحسب من الثلث الذي أجاز الله له التصرف فيه بالوصية سواء وقعت الوصية في حال الصحة أم في حال المرض وكذلك إن أسقط عن وارثه ديناً أو أوصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفا عن جنابة موجبها المال فهو كالوصية .

وإن عفا عن القصاص - وقلنا : الواجب القصاص عيناً سقط إلى غير بدل وإن قلنا : الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال ، وإن عفا عن حد القذف سقط مطلقاً ، وإن وصى لغريم وارثه صحت الوصية ، وكذلك إن وهب له ، وبهذا قال أحمد والشافعي وأبو حنيفة .

وقال أبو يوسف : هو وصية للوارث ، لأن الوارث ينتفع بهذه الوصية وتستوفي ديونه منها . ولنا أنه وصى لاجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الإحسان إلى وارثه ، وإن وصى لوالد وارثه صح ، فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يحز فيها بينه وبين الله تعالى . قال طاووس في قوله تعالى : فمن خاف من موص جنفاً ، قال : أن يوصى لولد ابنته وهو يريد نفع ابنته

(فرع) قال الشافعي : ويجوز نكاح المريض . قلت : إذا تزوج امرأة صح نكاحها ولها الميراث والصداق إن لم يزد على صداق مثلها ، فإن زاد ردت الزيادة إن كانت وارثة ؛ وأمضيت إن كانت غير وارثة

وهكذا المريضة إذا نكحت رجلاً صح نكاحها وورثها الزوج ، وعابه صداقها إن كان مهر المثل فما زاد ، فإن نكحته بأقل من صداق مثلها ، فالمحاباة بالنقصان وصية له فتزد إن كان الزوج وارثاً وتمضى في الثلث إن كان غير وارث .

وقال مالك : نكاح المريض فاسد لا يستحق به ميراثاً . ولا يجب فيه صداق إلا أن يكون راضياً به . فيلزمه مهر المثل من الثلث مقدم على الوصايا ، وكذلك نكاح المريض فاسد ولا ميراث للزوجة . وقال ابن أبي ليلى : النكاح في المرض جائز والميراث من الثلث .

وقال ابن أبي هريرة : النكاح في المرض جائز ولا ميراث . وقال الحسن البصري : ان ظهر منه الإضرار في تزويجه لم يحز ، وان لم يظهر منه الإضرار ، وظهر منه الحاجة اليه في خدمة أو غيرها جاز .

ودليلنا عموم قوله تعالى : فانكحوا ما طاب لكم من النساء ، ولم يفرق بين صحيح ومريض ، وقال معاذ بن جبل في مرضه : زوجوني حتى لا ألقى الله عزبا . وقال عبد الله بن مسعود : لو لم يبق من أجلي الا عشرة أيام ما أحببت الا أن يكون لي زوجة ، وروى هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير رضى الله عنه دخل على قدامة يعود فبشر عنده بجارية فقال قدامة زوجوني بها فقال : ما تمنع بها وأنت على هذه الحال ، فقال : ان أنا عشت نسبت الزبير ، وان مت فهم أحق من يرثني ، ولأنه فراش لا يمنع منه الصحيح فوجب أن لا يمنع منه المريض ، ولأنه عقد فلم يمنع منه المريض كالبيع والشراء ، ولأنه لا يخلو عمله أن يكون للحاجة أو شهوة ، فإن كان الحاجة لم يحز منه ، وان كان لشهوة فهي مباحة له كما أبيح له أن يلتذ بما شاء من أكل أو لبس .

فإذا ثبت إباحة النكاح في المرض فله أن يتزوج ما أباحه الله تعالى من واحدة الى أربع كهر في الصحة ولهن الميراث ان مات من ذلك المريض أو غيره . وأما الصداق فإن كان أمهر من صداق أمثالهن فلهن الصداق مع الميراث ، وان كانت عليه ديون شارك الغرماء في التركة وضربن معهم بالخصص ، وان تزوجهن أو واحدة منهن بأكثر من صداق مثلها كانت الزيادة على صداق المثل وصيه في الثالث فإن كانت الزوجة وارثة ردت الوصية لأنه لا وصية لوارث ، وان كانت غير وارثة لرق أو كفر دفعت الزيادة اليها ان احتملها الثلث ، أو ما احتمله منها يتقدم على الوصايا كلها لأنها عطية في الحياة ، وهكذا لو كانت الزوجة حرة مسلمة فماتت قبله صححت لها الزيادة ان احتملها الثلث لأنها بالموت قبله غير وارثة فلو كانت حرة بين نكاحها في المرض أمة أو ذمية فأعتقت الأمة أو أسلمت الذمية صارت وارثة ومنعت من الزيادة على صداق مثلها ، ولو صح المريض من مرضه ثم مات من غيره أو لم يموت صححت الزيادة على صداق المثل من رأس المال لو ارثته

وغير وارثه ، فعلى هذا لو تزوج في مرضه على صدق ألف درهم وصدق مثلهما
خمسمائة ومات ولا مال له غير الآلف التي هي صدقها أعطيت من الآلف ستماية
وستة وستين درهما وثلاثاً ، لأن لها خمسمائة من المال ، وتبقى خمسمائة هي جميع
التركة وهي وصية لها فأعطيت ثلثها وذلك مائة درهم وستة وستون درهما وثلاث
درهم تأخذها مع صدق مثلهما ، ولو خلف مع الصدق خمسمائة صارت التركة
بعد صدق المثل ألف درهم فلما ثلثها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلاث ،
ولو خلف مع الصدق ألف درهم خرجت الزيادة على صدق المثل من الثالث
وأخذت الآلف كلها .

إذا ثبت هذا : فإن التبرعات المنجزة كالعتق والمحابة والهبة المقبوضة والصدقة
والوقف والإبراء من الدين والعفو عن الجنابة الموجبة للمال إذا كانت هذه كلها في
الصحة فهي من رأس المال لا تعلم في هذا خلافاً ، وإن كانت في مرض مخوف
انفصل به الموت فهي من ثلث المال في قول جمهور العلماء .

وحكى عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال ، وليس بصحيح
لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن
الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلاث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم ، رواه ابن
ماجه وغيره ، وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث ؛ وقد أسلفنا
القول في بسط ما يكون من رأس المال وما يكون من الثلث فاشدد به يدك .
وحكم العطايا في مرض الموت المخوف حكم الوصية في خمسة أشياء .

(أحدها) أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة .

(الثاني) أنها لا تصح لو ارث إلا بإجازة بقيه الورثة .

(الثالث) أن فضيلتها نافعه عن فضيلة الصدقة في الصحة .

(الرابع) أن يزاحم بها الوصايا في الثلث ،

(الخامس) أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله ولا بعده ،

وفارق الوصية في ستة أشياء .

أحدها : أنها لازمة في حق المعطى ليس له الرجوع فيها وإن كثرت ، ولأن

المنع على الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة لا لحقه فلم يملك إجازتها ولا ردها ،
وإنما كان له الرجوع في الوصية لأن التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك إجازتها
ولا ردها ، وإنما كان له الرجوع في الوصية ، لأن التبرع مشروط بالموت ففيما
قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية في المرض ، فإنه قد وجدت
العطية منه والقبول من المعطى والقبض فلزمت كالوصية إذا قبضت بعد الموت
وقبضت . (الثاني) أن قبولها على الفور في حال حياة المعطى وكذلك ردها .
والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بالموت . فتعتبر شروطه وتمت وجوده
والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت (الثالث) أن العطية تفتقر
إلى شروطها المشروطة لها في الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط
وغرر في غير العتق ، والوصية بخلافه (الرابع) أنها تقدم على الوصية . وهذا
قول أحمد والشافعي وجمهور العلماء ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا
في العتق فإنه حكى عنهم تقديمه ، لأن العتق يتعاق به حق الله تعالى ويسرى وقفه
وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه (الخامس) العطايا إذا عجز العتق عن جميعها
بدىء بالأول فالأول سواء كان الأول عتيقاً أو غيره وبهذا قال أحمد والشافعي .
وقال أبو حنيفة رضي الله عنه : الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد .
وإن كانت من أجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت وإن تأخرت سوى بينهما وبين
العتق . وإنما كان كذلك لأن المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة فقدمت إذا
تقدمت كقضاء الدين ، وإذا تساوى جنسها سوى بينهما لأنها عطايا من جنس
واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد : يقدم
العتق تقدم أو تأخر .

(السادس) أن الواهب إذا مات قبل القبض للهبة المنجزة كانت الخيرة
للورثة إن شاءوا قبضوا وإن شاءوا منعوا ، والوصية تلزم بالقبول بعد الموت
بغير رضاهم ، وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كإرض
الجنابة وما عارض عليه بثمن المثل ، وما يتغابن الناس بمثله فهو من رأس المال
لا نعلم فيه خلافاً ، وهذا عند الشافعي وأصحاب الرأي وأحمد بن حنبل ،
وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال لأنه صرف لماله حاجة في نفسه

فيقدم بذلك على وارثه . ويعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان أحدهما :
أن يتصل بمرضه الموت ولو صح في مرضه الذي أعطى فيه ثم مات بعد ذلك
فحكم عطيته حكم عطية الصحيح ، لأنه ليس بمرض الموت . (الثاني) أن يكون
مخوفاً ، والامراض على ثلاثة أقسام غير مخوف كوجع الفرس والعين
والاُطراف والصداع وارتفاع الحرارة الطارىء فهذا حكمه حكم الصحيح لأنه
لا يخاف منه في العادة .

(والثاني) الأمراض المزمنة كالجذام والربو والفالج والذبحة الصدرية
والسل فهذا الضرب ان أضنى صاحبه على فراشه فهو مخوف ، وقال الاوزاعي
والشورى ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأحمد : ان وصية المجنوم
والمفلوج من الثلث لأنه محمول على أنهما صاحبي فراش ، ومذهب الشافعي . أنه
لا يخاف تعجيل الموت فيه ، وان كان لا يبرأ فهو كالأهزم لا سيما الفالج اذا أزم
(الثالث) من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فان كان عقله قد اختل مثل نزيف
المنخ أو الحمى الشوكية أما من اشتد مرضه وصح عقله صح تبرعه عند أصحاب
أحمد ، وجعله ما مضى أن العطايا في المرض مقدمه على الوصايا اذا ضاق الثلث
عنها لأن تملك ناجزة وهذه موقوفة ، فلو ضاق الثلث عن العطايا للمريض قدم
الأسبق فالأسبق ، ولو ضاق الثلث عن الوصايا لم يقدم الأسبق لأن عطايا
المرض تملك بالقبض المترتب فثبت حكم المتقدم . والوصايا كلها تملك بالموت
فاستوى حكم المتقدم والمتأخر إلا أن يرتبها المريض فتعفى على ترتيبه ما لم يتخلل
الوصايا عتق ، فان تخللها عتق فان كان واجباً في كفارة أو نذر قدم على وصايا
التطوع ، وان كان تطوعاً فقيه قولان أحدهما أن العتق مقدم على جميع الوصايا
لقوته بالبراءة في غير الملك وبه قال من الصحابة ابن عمر ومن التابعين شريح
والحسن ومن الفقهاء مالك والشورى ، والقول الثاني أن العتق والوصايا كلها
سواء في مزاحمة الثلث لأن جميعها تطوع ، وبه قال من التابعين ابن سيرين
والشعبي ومن الفقهاء أبو ثور ، على أن المريض مرض الموت اذا أشكل أمره رجع
في ذلك الى طبيبين مسلمين ، لأن الأمراض في زماننا هذا قد تشعبت أصنافها
وتعددت اختصاصات العالمين من الأطباء بها ، فقد يكون المرض في رأى أحد

بخالفنا لرأى الآخر ، فإذا اجتمعا وتشاورا أمكن اتفاهما على حكم يؤخذ في الوصية به .

وباحذا لو تفقه أطباء المسلمين في أحكام الدين المتصلة بعلومهم ومهنتهم إذن لكانت منهم أمة هادية ناصحة راشدة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان في الحرب وقد التحمت طائفتان متكافئتان ، أو كان في البحر وتموج ، أو في أسر كفار يرون قتل الأسارى ، أو قدم للقتل في المحاربة ، أو الرجم في الزنا ، ففيه قولان .

(أحدهما) أنه كالمرض المخوف يعتبر تبرعاته فيه من الثلث ، لأنه لا يأمن الموت كما لا يأمن في المرض المخوف

(والثاني) أنه كالصحيح لأنه لم يحدث في جسمه ما يخاف منه الموت فإن قدم لقتل القصاص فالمقصود أنه لا تعتبر عطيته من الثلث ما لم يجرح . واختلف أصحابنا فيه على طريقين ، فقال أبو إسحاق : هي على قولين قياساً على الأسير في يد كفار يرون قتل الأسارى : ومن أصحابنا من قال : لا تعتبر عطيته من الثلث لأنه غير مخوف لأن الغالب من حال المسلم أنه إذا قدر رحم وعفا ، فصار كالأسير في يد من لا يرى قتل الأسارى .

(الشرح) الأحكام : يحصل التخويف بغير ما ذكرناه في مواضع خمسة تقوم مقام المرض ،

١ - إذا النجم الجيشان واختلط الفريقان في القتال وكانت كل فرقة مكانة الأخرى أو مقهورة أمامها ، فأما الفئة الغالبة منهما فليست حائفة بعد ظهورها ، وكذلك إذا لم يلتحما بل كانت كل منهما متميزة ، سواء كان بينهما تبادل بالرماية أو لم يكن فليست هذه بحالة خوف ، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أو مفترقتين فعن الشافعي رضي الله عنه قولان . أحدهما : هذا ، وبه قال مالك والأوزاعي والثوري وأحمد ، ونحوه عن مكحول ، والثاني : ليس بمخوف ليس بمريض .

٢ - إذا قدم ليقتل قصاصاً أو غيره أو كمن قدم ليرجم في حد الزنا فقولان أيضاً . أحمد مما : أنه مخوف . والثاني : إن حرج فهو مخوف ، وإلا فلا ، لأنه صحيح البدن ، والظاهر العفو عنه ، وبالأول قال أحمد ، لأن التهديد بالقتل جعل لا كراهها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع ، ويبيع كثيراً من المحرمات ولو لا الخوف لم تثبت هذه الأحكام .

٣ - إذا ركب البحر ، فإن كان ساكناً فليس بمخوف ، وإن تموج واضطرب وهبت الرياح العاصف فهو مخوف : فإن الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله تعالى « هو الذي يسيركم في البحر حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ريح عاصف : وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين إنا أنجيتنهم من هذه لنعكونن من الشاكرين » .

٤ - الأسير والمحبوس إذا كان من عاداته القتل فهو خائف عطيته من الثلث وإلا فلا . وهذا أحد قولي الشافعي ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وابن أبي ليلى وأحمد بن حنبل . وقال الحسن : لما حبس الحجاج إياس ليس له من ماله إلا الثلث ، وقال القاضي أبو بكر : عطية الأسير من الثلث ، ولم يفرق ، وبه قال الزهري والثوري وإسحاق ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد .

وقال الشعبي ومالك : الغازی عطيته من الثلث . وقال مسروق : إذا وضع رجله في الغرز . وقال الأوزاعي : المحصور في سبيل الله والمحبوس ينتظر القتل أو تفقأ عيناه هو في ثلثه ، والصحيح إن شاء الله ما ذكرنا من التفصيل ، لأن مجرد الحبس والأسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يحز إلحاقه به ، وإذا كان المريض الذي لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى .

هذا إذا كان مأسوراً لطائفة من المسلمين فإن المذهب أنه ليس مخوفاً ، لأن المسلمين لا يقتلون أسراهم من الكفار إلا بشروط فما بالك إذا كان الأسير مسلماً • - وقوع الطاعون في بلد فعن أحمد أنه مخوف ، والمذهب عندنا أنه ليس بمرض ، وإنما يخالف المرض والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل / وإن عجز الثلث عن التبرعات - لم يخل - إما أن يكون في التبرعات المنجزة في المرض أو في الوصايا ، فإن كان في التبرعات المنجزة في المرض ، فإن كانت في وقت واحد نظرت ، فإن كانت هبات أو محاباة قسم الثلث بين الجميع لتساويهما في اللزوم ، فإن كانت متفاضلة المقدار قسم الثلث عليهما على التفاضل ، وإن كانت متساوية قسم بينهما على التساوي كما يفعل في الديون ، وإن كان عتقاً في عبيد أقرع بينهم لما ذكرناه من حديث عمران بن الحصين ؛ ولأن القصد من العتق تكميل الأحكام ، ولا يحصل ذلك إلا بما ذكرناه ، فإن وقعت متفرقة قدم الأول فالأول عتقاً كان أو غيره ، لأن الأول سبق فاستحق به الثلث فلم يجز إسقاطه بما بعده ، فإن كان له عبدان سالم وغانم فقال لسالم إن أعتقت غانماً فأنت حر ، ثم أعتق غانماً قدم عتق غانم لأن عتقه سابق . فإن قال إن أعتقت غانماً فأنت حر حال عتق غانم ثم أعتق غانماً فقد قال بعض أصحابنا : يعتق غانم ، لأن عتقه غير متعلق بعتق غيره ، وعتق سالم متعلق بعتق غيره ، فإذا أعتقناهما في وقت واحد احتجنا أن نقرع بينهما فرمما خرجت القرعة على سالم فيبطل عتق غانم ، وإذا بطل عتقه بطل عتق سالم فيؤدي إثباته إلى نفيه فسقط ويبقى عتق غانم لأنه أصل ، ويحتمل عندي أنه لا يعتق واحد منهما ، لأنه جعل عتقهما في وقت واحد ، ولا يمكن أن نقرع بينهما لما ذكرناه ، ولا يمكن تقديم عتق أحدهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر بالسبق فوجب أن يسقطا

وإن كانت التبرعات وصايا وعجز الثلث عنها لم يقدم بعضها على بعض بالسبق لأن ما تقدم وما تأخر يلزم في وقت واحد وهو بعد الموت ، فإن كانت كلها هبات أو كلها محاباة أو بعضها هبات وبعضها محاباة قسم الثلث بين الجميع على التفاضل إن تفاضلت وعلى التساوي إن تساوت .

وإن كان الجميع عتقاً أقرع بين العبيد لما ذكرناه في القسم قبله . وإن كان بعضها عتقاً وبعضها محاباة أو هبات ففيه قولان (أحدهما) أن الثلث يقسم بين الجميع ، لأن الجميع يعتبر من الثلث ، ويلزم

في وقت واحد (والثاني) يقدم العتق بما له من القوة ، وإن كان بعضها كتابة وبعضها هبات ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا تقدم الكتابة لأنه ليس له قوة وسراية فلم تقدم كالهبات (والثاني) أنها على قولين لأنها تتضمن العتق فكانت كالعتق .

(فصل) وإن وصى أن يحج عنه حجة الاسلام من الثالث أو يقضى دينه من الثلث ووصى معها بتبرعات ، ففيه وجهان (أحدهما) يقسط الثلث على الجميع لأن الجميع يعتبر من الثلث ، فإن كان ما يخص الحج أو الدين من الثالث لا ينفى تتم من رأس المال ، لأنه في الأصل من رأس المال ، وإنما اعتبر من الثلث بالوصية ، فإذا عجز الثلث عنه وجب أن يتم من أصل المال (والثاني) يقدم الحج والدين ، لأنه واجب ثم يصرف ما فضل في الوصايا

(فصل) وإن وصى لرجل بمال وله مال حاضر ومال غائب أو له عين ودين دفع إلى الموصى له ثلث الحاضر وثلث العين . وإلى الورثة الثلثان ، وكل ما حضر من الغائب أو نص من الدين شيء . قسم بين الورثة والموصى له ، لأن الموصى له شريك الورثة بالثلث فصار كالشريك في المال .

وإن وصى لرجل بمائة دينار وله مائة حاضرة وله ألف غائبة فللموصى له ثلث الحاضرة ويوقف الثلثان ، لأن الموصى له شريك الوارث في المال ، فصار كالشريك في المال .

وإن أراد الموصى له التصرف في ثلث المائة الحاضرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأن الوصية في ثلث الحاضرة ماضية ، فيمكن من التصرف فيه (والثاني) لا يجوز لأنها منعنا الورثة من التصرف في الثلثين الموقوفين . فوجب أن نمنع الموصى له من التصرف في الثلث ، وإن دبر عبداً قيمته مائة وله مائتان غائبة ؛ ففيه وجهان

(أحدهما) يعتق ثلث العبد ؛ لأن عتق ثلثه مستحق بكل حال (والثاني) وهو ظاهر المذهب أنه لا يعتق ؛ لأننا لو أعتقنا الثلث حصل للموصى له الثلث ، ولم يحصل للورثة مثله . وهذا لا يجوز

(الشرح) قال الشافعي : ولو أوصى بـغلامه وهو يساوي خمسمائة وبداره
آخر وهي تسارى ألفاً وبخمسمائة لآخر والثالث ألف درهم ، دخل على كل واحد
منهم عول نصف فصار للذي له الغلام نصفه ، وللذي له الدار نصفها ، وللذي
له الخمسمائة نصفها .

قلت : إذا ضاق الثلث عن الوصايا فللورثة حالتان : حالة يجزون ، وحالة
يردون ، فإن ردوا قسم الثلث بين أهل الوصايا بالحصص ، وتسوى منه الوصية
بالمعين والمقدر .

وحكى عن أبي حنيفة أن الوصية بالمعين مقدمة على الوصية
بالمقدر . استدلالاً بأن المقدر يتعلق بالذمة . فإذا ضاق الثلث فيها زال تعلقها
بالذمة . وهذا غير صحيح ، لأن محل الوصايا في التركة سواء ضاق الثلث أو
اتسع لها فاقضى أن يستوى المعين والمقدر مع ضيق الثلث كما يستويان مع
اتساعه ، ولأن الوصية بالمقدر أثبتت من الوصية بالمعين ، لأن المعين إن تلف
بطلت الوصية به ، والمقدر إن تلف بعض المال لم تبطل الوصية

فإذا تقرر استواء المعين والمقدر مع ضيق الثلث عنها وجب أن يكون عجز
الثلث داخلاً على أهل الوصايا بالحصص ، فإذا أوصى بسيارته لرجل وقيمتها
خمسمائة : وبداره لآخر وقيمتها ألف وبخمسمائة لآخر ، فوصايا الثلاثة
كلها تكون ألفين : فإن كان الثلث ألفين فصاعداً فلا عجز . وهي بمضاة ، وإن
كان الثلث ألفاً فقد عجز الثلث عن نصفها فوجب أن يدخل العجز على جميعها .
ويأخذ كل موصى له بشيء نصفه فيعطى الموصى له بالسيارة نصفها ، وذلك مائتان
وخمسون ويعطى الموصى له بالدار نصفها وذلك خمسمائة . ويعطى الموصى له
بالخمسمائة نصفها وذلك مائتان وخمسون

وعلى قول أبي حنيفة تسقط الوصية بالخمسمائة المقدرة ، ويجعل الثلث بين
الموصى له بالسيارة والدار ، فيأخذ كل واحد منهما ثلثي وصيته لدخول العجز
بالتك منها ، فلو كان الثلث في هذه الوصايا خمسمائة فهو ربع الوصايا الثلاثة
فيعطى كل واحد ربع ما جعل له ، ولو كان الثلث ألفاً وخمسمائة فيجعل لكل
واحد منهم ثلاثة أرباع وصيته ثم على هذا القياس

وإن أجازوا الوصايا كلها مع ضيق الثلث عنها ودخول العجز بالنصف عليها
ففي إجازتهم قولان .

(أحدهما) أن إجازتهم ابتداء عطية منهم لأمرين . أحدهما : أن مازاد على
الثلث منهي عنه ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه .

(والثاني) أنهم لما كانوا بالمنع مالكين لما منعه وجب أن يكونوا بالإجازة
معطين لما أجازوه فعلى هذا قد ملك أهل الوصايا نصفاً بالوصية لاحتمال الثلث لها
ولا يفتقر بملاكهم لها إلى قبض ونصفها بالعطية لعجز الثلث عنها ، ولا يتم ملكهم
إلا بقبضه . والثاني : وهو أصح ، وبه قال أبو حنيفة : إن إجازة الورثة تنفيذ
أو إمضاء لفعل الميت ، وإن ذلك مملوك بالوصية دون العطية لأمرين (أحدهما)
أن ما استحقوه من الخيار في عقود الميت لا يكونون بالإمضاء طاقدين لها
كالشترى سلعة إذا وجد وارثه به عيباً فأمضى الشراء ولم ينسخه كان تنفيذاً ولم
يكن عقداً فكذلك خياره في إجازة الوصية (والثاني) أن لهم رد مازاد على الثلث
في حقوق القسمة ، فإذا أجازوه سقطت حقوقهم منه ، فصار الثلث وما زاد عليه
سواء في ازومه لهم ، فإذا استوى الحكم في الجميع مع اللزوم اقتضى أن يكون جميعه
وصية لا عطية فعلى هذا يلزمهم نصف الوصايا بالوصية من غير إجازة لاحتمال
الثلث لها ، ونصف بالإجازة بعد الوصية من غير قبض تعيين ، ولارجوع بسوغ

(فرع) قد أسلفنا القول في عطايا المرض وتقديمها على الوصايا إذا ضاق
الثلث عنها ، وقلنا عن ترتيب المريض لها ما لم يتخلل الوصايا عتق ، وأقوال
الفقهاء الوارد عليه ، أما إذا أوصى أن يحج عنه حجة الإسلام المكتوبة من الثلث
أو بقضى دينه من الثلث فقال الشافعي رضي الله عنه : ولو أوصى أن يحج عنه ولم
يحج عنه - الإسلام - فإن بلغ ثلثه حجته من بلده أحج عنه من بلده ، وإن لم
يبلغ أحج عنه من حيث بلغ . قال المازني : والذي يشبه قوله أن يحج عنه من
رأس ماله لأنه في قوله دين عليه .

وجملة ذلك أن للمستدل في الحج عنه حالتان ، حالة يوصى به وحاله لا يوصى
به ، فإن لم يوص به فلا يخلو حاله من أحد أمرين إما أن يكون عابه حج واجب

أو لا حج عليه ، فإن لم يكن عليه حج لم يحجز أن يتطوع عنه بالحج ، وإن كان عليه حجه - الإسلام فإت من غير أن يوصى بها فواجب أن يحج عنه من رأس ماله بأقل ما يوجد من ميعات بلده ، وكذلك يخرج عنه من رأس ماله ما وجب عليه من زكوات وكفارات ، وإن لم يوص بها .

وقال أبو حنيفة : لا يصح الحج عنه ولا الزكاة ولا الكفارة إلا بوصيه - منه وهذا فاسد بما ذكره النووي في الحج بأقوى حجاج ، ولأن ما تعلق وجوبه بالمال أزم أدائه وإن لم يوص به كالديون . وإذا لزم أدائه عنه فن رأس المال كالديون وتخرج منه أجرة المثل من الميعات لا من بلده ، وإن كانت استطاعته من بلده شرطاً في وجوب حجه ، لأنه إذا كان حياً أزمه أدائه بنفسه فصار نفقه معتبرة في استطاعته ، وإذا مات لم يتعين الثلث عنه أن يكون في بلده ، وإنما أزم أن يوثق بالحج من ميعات بلده فلذلك اعتبر أجرة المثل من ميعات بلده .

(فرع) إذا أوصى أن يحج عنه ، فإن كان عليه حج فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام . أحدها : أن يجعل الحج من رأس ماله ، فهذا على ضربين . أحدهما : أن يذكر قدر ما يحج به عنه ، والثاني : أن لا يذكر ، فإن لم يذكر أخرج عنه من رأس ماله قدر أجرة المثل من ميعات بلده ، ولا يستفاد بوصيه - إلا التذكير والتأكيد ، وسواء ذكر القدر أم لم يذكر ، فإن أجرة المثل أتم إذا كانت من الميعات وخروجها من رأس المال .

والقسم الثاني : أن يوصى بالحج من ثلثه فهذا على ضربين .

(أحدهما) أن يجعل كل الثلث مصروفاً إلى الحجه الواجبه عليه فهذا الحج عنه بالثلث من بلده إن أمكن ، ولا يجوز أن يدفع إلى وارثه إن راد على أجرة المثل ، ويجوز أن يدفع إليه إن لم يزد ، فإن عجز الثلث عن الحج من بلده أحج به عنه من حيث أمكن من طريقه فإن عجز إلا من ميعات البلد أحج به عنه من ميعات البلد ، فإن عجز عنه وجب اتمام أجرة المثل من ميعات بلده من رأس المال وصار فيها دور ، لأن ما يتم به أجرة المثل من رأس ماله يقتضى نقصان رأس المال .

(والضرب الثاني) أن لا يجعل كل الثلث مصروفاً إلى الحج بل يقول : أحجوا

عنى من ثلثي ، فهذا إما أن يذكر قدراً فلا يزداد عليه إن وجد ويستأجر من يؤديه من بلده أو من الميقات فإن لم يوجد من يحج بها من ميقاته وحب إتمامها من رأس المال لا من ثلثه لأن القدر الذي حدده من الثلث لا يزداد عليه منه وإنما تؤخذ الزيادة من رأس المال ، وإما أن لا يذكر القدر فيخرج من ثلثه قدر أجره المثل ثم فيها وجهان أحدهما وهو قول أبي اسحق المروزي : الظاهر من كلام الشافعي أجره المثل من بلد الموصي لأن الوصية في الثلث تقتضي الكمال . والوجه الثاني : أجره مثل الميقات كما لو جعله من رأس المال وما زاد عليه تطوع لا يخرج إلا بالنص ، فإن عجز الثلث عن جميع الأجرة تتم الجميع مثل أجره الميقات من رأس المال . فلو كان في الثلث مع الحج وصايا وعطايا ففي تقديم الحج على الوصايا وجهان حكاهما أبو اسحق المروزي .

أحدهما : يقدم الحج على جميع الوصايا في الثلث لأنه مصروف في فرض ثم يصرف ما فضل بعد الحج في أهل الوصايا ، والوجه الثاني أنه يقسط الثلث على الحج والوصايا بالحصص لأن الحج وإن وجب فله محل غير الثلث تساوى في الثلث أهل الوصايا ثم تتم أجره المثل من رأس المال ، وعلى هذين الوجهين لو كانت عليه ديون واجبة أوصى بقضاها من ثلثه أحدهما يتقدمون بها على أهل الوصايا .

والثاني : يحاصونهم ثم يستكملون ديونهم من رأس المال فهذا حكم القسم الثاني إذا جعله من ثلثه .

القسم الثالث : أن يطاق الوصية فلا يجعله من الثلث ولا من رأس المال قالذي نص عليه الشافعي في الجديد في مناسك الحج أنه يحج عنه من رأس المال ، وقال في الوصايا : يحج عنه من ثلثه ، فاختلف أصحابنا فكان أبو الطيب بن سلمة وأبو حفص بن الوكيل يخرجان ذلك على قولين أحدهما : يكون من رأس المال كما لو لم يوص به لوجوبه كالديون ، والقول الثاني : أن يكون من الثلث ليس بفاد بالوصية ما لم يكن مستفاداً بغيرها . وقال أبو علي بن خيران : ليس هذا على اختلاف قولين وإنما هو يذهب الحكم على حالين قالذي جعله في الثلث هو أجره

مثل المسير من بلده إلى الميقات ، والذي جعله من رأس المال هو أجرة المتل من الميقات . وقال أبو اسحق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة : يكون ذلك من رأس المال قولاً واحداً ، والذي قاله ههنا أنه يكون في التلت إذا خرج بأنه في التلت توفيراً على ورثته ، ألا تراه قال : فإن لم يبلغ تتم من رأس المال .

وإذا وصى بالحج تطوهاً عنه بمال ففيه قولان أحدهما : أن الوصية باطلة والثاني : جائزة وقد بسط النوى توجيهها في كتاب الحج .

(فرع)

قال مالك بن أنس رضي الله عنه : إذا أوصى لرجل بمائة دينار له حاضرة وترك غيرها ألف دينار ديناً غائبة فالورثة بالخيار بين امضاء الوصية بالمائة كلها عاجلاً ، سواء حل الدين وسلم الغائب أم لا ، وبين أن يسلموا تلت المائة الحاضرة وتلت الدين من المال الغائب ويصير الموصى له بالمائة شريكاً بالأت في كل التركة ، وإن كثرت وسمى ذلك خلع التلت ، استدلالاً بأن للوصى تلت مائة ، فإذا غير الوصية بالتلت في بعضه فقد أدخل الضرر عليهم بتعيينه ، فصار لهم الخيار بين التزام الضرر بالتعيين وبين العدول إلى ما كان يستحقه الموصى ، فهذا دليل مالك ، وما عليه في هذا القول .

واستدل اسماعيل بن اسحق بأن تعيين الموصى للمائة الحاضرة من جملة التركة الغائبة بمنزلة العبد الجاني إذا تعلقت الجنابة في رقبة فسيده بالخيار بين اقتدائه بأرض جنابته أو تسليمه ، فهذا مذهب مالك ودليلاه .

ومذهب الشافعي رضي الله عنه أن للموصى له تلت المائة الحاضرة ، وثلاثاها الباقي موقوف على قبض الدين أو من الغائب ما يخرج المائة كلها من تلتها أمضيت الوصية بجميع المائة ، وإن وكل ما يخرج بعضها أمضى قدر ما احتمله التلت منها ، فإن برى الدين وتلف الغائب استقرت الوصية في تلت المائة الحاضرة وتصرف الورثة في تلتها ، لأنها صارت جميع التركة .

واختلاف أصحابنا إذا انتظر بالوصية قبض الدين ووصول الغائب هل يمكن الموصى له من ثلث المائة ؟ على وجهين .

(أحدهما) يمكن من التصرف فيها لأنه ثلث ممضى ،

(والوجه الثانى) يمنع من التصرف فيها لأنه لا يجوز أن يتصرف الموصى له فيما لا يتصرف الورثة في مثليه ، وقد منع الورثة من التصرف في ثلثي المائة الموقوف ، فوجب أن يمنع الموصى له من التصرف في الثلث الممضى ، والدليل على فساد ما ذهب إليه مالك أنه يؤول إلى أحد أمرين يمنع الوصية منهما ، لأنه إذا أجب الورثة بين التزام الوصية في ثلث كل التركة أو إمضاء الوصية في كل المائة فكل واحد من الأمرين خارج عن حكم الوصية لأنهم اختاروا منعه من كل المائة فقد ألزمهم ثلث كل التركة ، وذلك غير موصى به .

وإن اختاروا أن لا يعطوا ثلث التركة فقط ألزمهم إمضاء الوصية بكل المائة فعلم فساد مذهبه بما يؤول إليه حال كل واحد من الخيارين ، فإذا جعلتم تعيين الوصية بالمائة الحاضرة إدخال ضرر أو جناية فالضرر قد رفعناه بوقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب ، فصار الضرر بذلك مرتفعاً ، وإذا زال الضرر ارتفعت الجناية منه فبطل الخيار فيه .

فإذا تقرر ما وصفنا تفرع على ذلك أن يوصى بمائة دينار حاضرة وباقي تركته التي تخرج كل المائة من ثلثها دين أو غائب ، فيخرج ثلث المائة ويوقف ثلثها على قبض الدين ووصول الغائب ، فإذا قبض ووصل منهما أو أحدهما ما يخرج كل المائة من ثلثه خرج جميعها . وهل يمكن الورثة في حال وقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب من استخدام فرس إن كان الموصى به فرساً أو سبابة إن كانت وصية أو غير ذلك ، فتركب ويتصرف في منفعتها أم لا ، على وجهين .

(أحدهما) يمكن ذلك لثلاثي يلزمهم إمضاء الوصية بمالم ينتفعوا بثلاثيه ، وهذا على الوجه الذى يقول : إن الموصى له بالمائة إذا وقف ثلثها منع من التصرف في ثلثيها اعتباراً بالتسوية ، فعلى هذا أن يرى الدين وتلف الغائب استقر ملكهم على ما وقف من ثلثيها وكان لهم التصرف في الثلثين أو بيع ثلثي الفرس أو السبابة

وان اقتضى من الدين أو قدم من الغائب ما يخرج جميعه من ثلثه رجع الموصى له بالفرس أو السيارة عليهم بما أخذوه من كسبهما أو أجرة ، وليس للورثة أن يرجعوا على الموصى له بما انفقوا على الفرس أو السيارة من نفقات السباسب أو الصيانة ، وقد كان لهم اجازة الوصية فصاروا متطوعين بالنفقة .

(والوجه الثاني) أنهم يمنعون من ذلك كما يمنعون من التصرف بالبيع : لأن الظاهر نفوذ الوصية بعقده ، وعلى هذا الوجه الذي يجوز الموصى له التصرف في ثلث المائة ، وان منع الورثة من التصرف في ثلثهما ، فعلى هذا ان يرى الدين وتلف الغائب ولم يتصرف الورثة في استغلال الموصى به أدى الموصى له ثلثي غلة كسب الموصى به أو أجرة مثله للورثة لأنه لا يستحق في الوصية الا ثلثها والباقي للورثة ، وقد فوت عليهم منافع ثلثي المال والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه وثلث ماله يحتمل التلث الباقي من العبد نفذت الوصية فيه على المنصوص : وقال أبو ثور وأبو العباس : لا تنفذ الوصية الا في ثلث الباقي كالموصى بثلث ماله ثم استحق من ماله الثلثان والمذهب الأول ، لأن ثلث العبد ملكه ، وثلث ماله يحتمله ، فنفذت الوصية فيه كالموصى له بعبد يحتمله التلث ، ويخالف هذا اذا وصى بثلث ماله ثم استحق ثلثاه ، لأن الوصية هناك بثلث ماله ، وماله هو الباقي بعد الاستحقاق ، وليس كذلك ههنا لأنه يملك الباقي وله مال غيره يخرج الباقي من ثلثه .

(فصل) وان وصى له بمنفعة عبد سنه ، ففي اعتبارها من التلث وجهان . أحدهما : يقوم العبد كامل المنفعة ، ويقوم مسلوب المنفعة في مدة سنه ، ويعتبر ما بينهما من التلث . والثاني : تقوم المنفعة سنه ، فيعتبر قدرها من التلث ، ولا تقوم الرقبة لأن الموصى به هو المنفعة ، فلا يقوم غيرها ، وان وصى له بمنفعة عبد على التأييد ففي اعتبار منفعته من التلث ثلاثة أوجه .

أحدها : تقوم المنفعة في حق الموصى له والرقبة مسلوقة بالمنفعة في حق

الوارث ، لأن الموصى له ملك المنفعة ، والوارث ملك الرقبة ، وينظر كم قدر التركة مع قيمة الرقبة مسلوقة المنفعة ، وينظر قيمة المنفعة فتعتبر من الثالث .

والثاني : تقوم المنفعة في حق الموصى له لأنه ملكها بالوصية ، ولا تقوم الرقبة في حق الموصى له ، لأنه لم يملكها ولا في حق الوارث لأنها مسلوقة المنفعة في حقه لا فائدة له فيها ، فعلى هذا ينظر كم قدر التركة وقيمة المنفعة ، فتعتبر من الثالث ، والثالث وهو المنصوص : تقوم الرقبة بمنافعها في حق الموصى له ، لأن المقصود من الرقبة منفعتهما ، فصار كما لو كانت الرقبة له فتوقفت في حقه ، وينظر قدر التركة فتعتبر قيمة الرقبة من ثلثها ، وإن وصى بالرقبة لواحد وبالمنفعة لواحد قومت الرقبة في حق من وصى له بها ، والمنفعة في حق من وصى له بها ، لأن كل واحد منهما يملك ما وصى له به فتعتبر قيمتهما من الثالث .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو أوصى له بشيء بعينه فاستحق ثلثه كان له الثلث الباقي إذا احتمله الثلث ، وإذا أوصى له بثلاث دار هو في الظاهر مالك لجميعها فاستحق ثلثا الدار وبقي على مالك الموصى ثلثها ، فالثلاث كله للموصى له إذا احتمله الثلث ، وهو قول الجمهور .

وقال أبو ثور : يكون له ثلث الثلث استدلالاً بأنه لما أوصى له بثلاثها ، وهو في الظاهر مالك لجميعها تناولت الوصية ثلث ملكها منها ، فإذا بان أن ملكها منها الثلث وجب أن يكون الوصية بثلاث الثلث ، لأنه كان ملكها منها كمن أوصى بثلاث ماله وهو ثلاثة آلاف درهم فاستحق منها ألفان كانت الوصية بثلاث الآلاف الباقية هكذا قال أبو ثور من الفقهاء وأبو العباس بن مريج من أصحابنا ، وهو فاسد من وجهين ،

أحدهما : أن ما طرأ من استحقاق الثلثين ليس بأكثر من أن يكون عند الوصية غير مالك للثلثين ، وقد ثبت أنه لو أوصى له بثلاث دار هو قدر ملكها منها كان له جميع الثلث إذا احتمله الثلث ، كذلك إذا أوصى له بثلاثها فاستحق ما زاد على الثلث منها .

والثاني : هو أن رفع يده بالاستحقاق كزوال ملكه بالبيع ، وقد ثبت أنه لو

باع بعد الوصية بالثلث منها ما بقي من ثلثها صحت الوصية بكل الثلث الباقي بعد البيع ، فكذاك تصح بالثلث الباقي بعد المستحق ، وليس لما ذكرناه من استدلال بثلاث المال وجه ، لأن الوصية لم تعتبر إلا في ثلث ماله ، وما ملكه هو الباقي بعد الاستحقاق ، ولو فعل مثل ذلك في الوصية بالدار فقال قد أوصيتك بثلث ملكي من هذه الدار فاستحق ثلثها كان له ثلث ثلثها الباقي

(مسألة) إذا ابتداء الوصية بثلاث ماله لرجل ، ثم أوصى أن يحج عنه رجل بمائة درهم ، ثم أوصى بالباقي من ثلث المال لآخر ، فقد اختلف أصحابنا في الموصى له بالباقي في هذه المسألة إذا قدم الوصية بالثلاث على وجهين (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق المروزي : أنها باطلة لأن تقديم الوصية بالثلاث يمنع من أن يبقى شيء من الثلث ، فعلى هذا إذا أجاز الورثة الوصية بالثلاث وبالمائة أو ضياوإن لم يجزوها ردا إلى الثلث ، فجعل نصف الثلث لصاحب الثلث ، وكان النصف الآخر بين الموصى له بالمائة وبين الموصى له بالباقي على ما مضى من الوجهين

(فرع) الوصية بالمنفعة كما أسلفنا القول كالوصية بالعين ، فلما كان الموصى له بالرقبة يجوز له المعاوضة عليها لأنه قد ملكها بالوصية كان الموصى له بالخدمة أيضا يجوز له المعاوضة عليها لأنه قد ملكها بالوصية ، فإذا ثبت هذا فالوصية بالمنفعة ضربان مقدرة بمدة ومؤبدة . فإن قدرت بمدة كان قال : قد أوصيت لزيد بخدمة عبدي سنة فالوصية جائزة له بخدمة سنة ، والمعتبر في الثلث منفعة السنة دون الرقبة . وفي كيفية اعتبارها وجهان (أحدهما) وهو قول أبي العباس بن سريج أنه يقوم العبد كامل المنفعة في زمانه كله . فإذا قيل مائة دينار توّم ودو مسلوب المنفعة سنة . فإذا قيل ثمانون ديناراً فالوصية بعشرين ديناراً . وهي خارجة من الثلث إن لم يكن على الموصى دين

والوجه الثاني : وهو الذي أراه مذهبا أنه يقوم خدمة مثله سنة فتعتبر من الثلث ، ولا تقوم الرقبة لأن المنافع المستملكة في العقود والمفوض هي المقومة دون الأعيان ، فلو أراد أن يستأجر دكانا فان ذلك بعد معاوضة على المنفعة فلا تقوم العين على حدة والمنفعة على حدة ، وإنما لا يكون إلا على المنفعة فكذاك في الوصايا ، فإذا علم القدر الذي تقوم به خدمة السنة لإدراك الدين

على الوجه الأول أو من المنافع على الوجه الثاني نظر ، فإن خرج جميعه من الثلث
صحت الوصية له بخدمة جميع السنة . وإن خرج ثلثه من الثلث رجعت الوصية الى
ثلاثها واستخدمه ثلث السنة فإذا تقرر أنه على هذه العبرة استحق استخدامه جميع
السنة ، فلا يخلو أن يكون في التركة مال غير العبد أم لا . فإن كان في التركة مال
غيره إذا أمكن الموصى من استخدامه سنة أمكن الورثة أن يتصرفوا من التركة في
تلك السنة بما يقابل مثل العبد ، فللموصى له أن يستخدم جميع العبد سنة متوالية
حتى يستوفي جميع وصيته ، والورثة لا يمنعون من التصرف في رقبة العبد حتى
تمضي السنة فإن باعوا الموصى بمنافعه عبداً كان أو فرساً أو سيارة أو يبدأ قبل
مضي السنة كان في بيعه قولان كالعبد المؤاجر .

وإن لم يكن في التركة مال غير الموصى بمنافعه ولا خلاف الموصى سواه ففي
كيفية انتفاع الموصى له سنة ثلاثة أوجه حكاه ابن مريج . أحدها أنه ينتفع به
سنة متوالية ويمنع الورثة من استخدامه والتصرف فيه حتى يستكمل الموصى له
سنة وصيته ، ثم حينئذ يخلص للورثة بعد انقضائها . والوجه الثاني : أنه يستخدم
ثلث الموصى به ثلاث سنين ، ويستخدم الورثة ثلثيه حتى يستوفي الموصى له سنة
وصيته في ثلاث سنين لئلا يختص الموصى له بما لم يحصل للورثة مثلاً .

والوجه الثالث : أن يتهايا عليه الموصى له والورثة ، فيستخدمه الموصى له
يوماً والورثة يومين حتى يستوفي سنة وصيته في ثلاث سنين . والوجه الأول
أصح لأنهم قد صاروا الى ملك الرقبة فلم يلزم أن يقابلوا الموصى له بمثل المنفعة
لأن حق الموصى له في استخدام الموصى به جميعه ، فلم يحز أن يجعل في ثلثه ،
ولأن حقه مفضل ومعجل فلم يحز أن يجعل مرجأ أو مفرقاً

وإذا كانت الوصية بالمنفعة على التأبيد ، كان قال أوصيت لزيد باستخدام
سيارتي أبداً فالوصية جائزة إذا حملها التلث

واختلاف أصحابنا في الذي يعتبر قيمته في التلث على وجهين (أحدهما) قاله
الشافعي رضي الله عنه في اختلاف العراقيين ، وهو اختيار أبي العباس بن مريج
أنه تقوم جميع الرقبة في التلث ، وإن اختصت الوصية بالمنفعة كما تقوم رقبة
الوقف في التلث .

وإن ملك الموقوف عليه المنفعة فعلى هذا هل يصير الموصى له مالكا ، وإن منع من بيعها أم لا . على وجهين (أحدهما) لا يملكها لاختصاص الوصية بمنافعها (والثاني) يملكها كما يملك أم الولد . وإن كان ممنوعا من بيعها لتقويمها عليه في الثلث ، وهذا قول أبي حامد المروزي . هذا إذا قيل إن الرقبة هي المقومة والوجه الثاني : أنه يقوم منافع الموصى به في الثلث دون الرقبة ، لأن التقويم إنما يختص بما تضمنته الوصية ، ولا يجوز أن يتجاوز بالتقويم إلى غيره ولأنه لو أوصى بالمنفعة لرجل وبالرقبة لرجل لم يقوّم في حق صاحب المنفعة إلا المنفعة دون الرقبة . كذلك إذا استبقى الرقبة على ملك الورثة واعتبار ذلك أن يقوّم : كم قيمة الموصى به بمنافعه ، فإذا قيل مائة دينار ، قيل : وكم قيمته مسلوب المنافع ، فإذا قيل عشرون دينارا علم أن قيمة منافعه ثمانون دينارا فتكون هي القدر المعتبر من الثلث .

فعلى هذا هل يحسب الباقي من قيمة الرقبة وهو عشرون دينارا على الورثة في ثلثهم أم لا . على وجهين (أحدهما) يحسب به عليهم ، لأنه قد دخل ملكهم وهذا قول أبي إسحاق المروزي (والوجه الثاني) لا يحسب به عليهم لأن ما زالت عنه المنفعة زال عنه التقويم .

فإذا ثبت ما ذكرناه وخرج القدر الذي اعتبرناه من الثلث صحت الوصية بجميع المنفعة ، وكان للموصى له استخدامه أبدا ما كان حيا وأخذ جميع أكسابه المألوفة ، وهل يملك ما كان غير مألوف منها ، على وجهين : أحدهما يملكه . وفي نفقته ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنها على الموصى له بالمنفعة ، لأن النفقة تختص بالكسب (والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها على الورثة لوجوبها بحق الملك (والثالث) وهو ما حكاه أبو حامد الأسفراييني تجب في بيت المال لأن كل واحد من مالكي المنفعة والرقبة لم يكمل فيه استحقاق وجوبها عليه فعدل بها إلى بيت المال ، فإن مات الموصى له فهل تنتقل المنفعة إلى وارثه أم لا ، على وجهين حكاهما أبو علي الطبري في الإفصاح (أحدهما) أن المنفعة تنتقل إلى ورثته لتقويمها على الأبد في حقه ، فعلى هذا تكون المنفعة مقدرة بحياة العين .

والوجه الثاني : قد انقطعت الوصية بموت الموصى له لانه وصى له في عينه بالخدمة لا لغيره ، فعلى هذا تكون المنفعة مقدرة بحياة الموصى له ثم تعود بعد موته إلى ورثة الموصى

فأما بيع الموصى بمنفعته ، فإن أراد الموصى له بالمنفعة يبيعه لم يجوز -- واه مالك جميع المنفعة أو بعضها ، وسواء قيل إنه مالك أو غير مالك . وإن أراد ورثة الموصى بيعه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يجوز لشبوت المالك (والثاني) لا يجوز لعدم المنفعة (والثالث) يجوز بيعه من الموصى له بالمنفعة ولا يجوز من غيره ، لأن الموصى له ينفذ به دون غيره . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وصى له بشجرة بستانه ، فإن كانت موجودة اعتبرت قيمتها من الثلث ، وإن لم تخلق -- فإن كانت على النأيد -- ففي التقويم وجهان : (أحدهما) يقوم جميع البستان (والثاني) يقوم كامل المنفعة ، ثم يقوم مسلوب المنفعة ، ويعتبر ما بينهما من الثلث ، فإن احتمله الثلث نفذت الوصية فيما بقي من البستان . وإن احتمل بعضها كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشاركه فيه الورثة ، فإن كان الذي يحتمله النصف كان للموصى له من ثمرة كل عام النصف وللورثة النصف والله أعلم .

(الشرح) الأحكام : إذا وصى له بشجرة فذلك ضربان : أن تكون الثمرة موجودة فالوصية جائزة وتعتبر قيمتها من الثلث عند موت الموصى لا حين الوصية فإن خرجت من الثلث فهي للموصى له ، وإن خرج بعضها كان له منها قدر ما احتمله الثلث ، وكان الورثة شركاءه فيها بما لم يحتمله الثلث منها . والضرب الثاني أن يوصى بشجرة لم تخلق فهذا على ضربين (أحدهما) أن يوصى بشجرة على الأبد فالوصية جائزة ، وفيها يقوم في الثلث وجهان . أحدهما : جميع البستان . والثاني يقوم كامل المنفعة ، ثم يقوم مسلوب المنفعة ثم يعتبر ما بين القيمتين من الثلث ، فإن احتمله نفذت الوصية بجميع الثمرة أبداً ما بقي البستان ، وإن احتمل بعضه كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشارك فيه الورثة ؛ مثل أن يحتمل

النصف فيكون الموصى له النصف من ثمرة كل عام وللورثة النصف الباقي ، وإذا احتل الثلث جميع القيمة وصارت الثمرة كلها الموصى له فاحتاجت إلى سقي فلا يجب على الورثة السقي بخلاف بائع الثمرة حيث وجب عليه سقيها للمشتري إذا احتاجت إلى السقي ، لأن البائع عليه تسليم ما تضمنه العقد كاملا والسقي من كاله وليس كذلك الوصية لأن الثمرة تحدث على ملك الموصى له ولا يجب على الموصى له سقيها ، لأنها بخلاف البهيمة الموصى بخدمتها في الحرث والسقي ، لأن نفقة البهيمة مستحقة لحرمة نفسها ووجوب حفظها بخلاف الثمرة ، وكذلك لو احتاجت النخل إلى سقي لم يلزم واحدا منهما ؛ وأيهما تطوع به لم يرجع به على صاحبه ، فان مات النخل استقطع جذاعه للورثة دون الموصى له ، وليس للموصى له أن يغرس مكانه ولا أن غرس الورثة مكانه نخيلا كان له فيه حق ، لأن حقه كان في النخل الموصى له به دون غيره

والضرب الثاني : أن يوصى بشجرة مدة مقدرة ، كأن أوصى له بشجرة عشر سنين ، فمن أصحابنا من ذهب إلى بطلان الوصية مع التقدير بالمدة بخلاف المنفعة لأن تقويم المنفعة المقدرة ممكن ، وتقويم الثمار المقدرة المدة غير ممكن . وذهب سائر أصحابنا إلى جوازها كالمنفعة ، وفيما تقدم في الثلث وجهان أحدهما : أنه يقوّم البستان كامل المنفعة ، ويقوم مسلوب المنفعة ، ثم يعتبر ما بين القيمتين في الثلث .

والوجه الثاني : أن ينظر أوسط ما تثمره النخل غالبا في كل عام ثم تعتبر قيمته الغالب من قيمته الثمرة في أول عام ، ولا اعتبار بما حدث بعده من زيادة ونقص . فإن خرج جميعه من الثلث فقد استحق جميع الثمرة في تلك المدة ، وإن خرج نصفه فله النصف من ثمرة كل عام إلى انقضاء تلك المدة ، وليس له أن يستكمل هذه كل عام في نصف تلك المدة ، لأنه قد تختلف ثمرة كل عام في المقادير والأثمان ، بخلاف منافع العبد والبهيمة والدار .

ومثل الوصية بشجرة البستان أن تكون الماشية فيوصى له بدورها ونسلها ، وتجب نفقة الماشية كما أسلفنا والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب جامع الوصايا

إذا وصى لجيرانه صرف إلى أربعين داراً من كل جانب ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : حق الجوار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا ، يميناً وشمالاً وقداماً وخلفاً . .

(فصل) وإن وصى لقراء القرآن صرف إلى من يقرأ جميع القرآن ، وهل يدخل فيه من لا يحفظ جميعه ، فيه وجهان .
(أحدهما) يدخل فيه لعموم اللفظ .

(والثاني) لا يدخل فيه ، لأنه لا يطاق هذا الاسم في العرف إلا على من يحفظه ، وإن وصى للعلماء صرف إلى علماء الشرع ، لأنه لا يطاق هذا الاسم في العرف إلا عليهم ، ولا يدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف طرقة ، لأن سماع الحديث من غير علم بطرقه ليس بعلم .

(الشرح) حديث أبي هريرة مرفوعاً ، حق الجوار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا يميناً وشمالاً وقدام وخلف ، هكذا ورد بغير تنوين قدام وخلف وقد ساقها المصنف منوناً لهما والحديث أخرجه أبو يعلى عن شيخه محمد بن جامع الطائري ، وهو ضعيف هكذا أفاده الميثمي في مجمع الزوائد على أن القول بهذا الحديث لم ينهض الحديث حجة له يجوز على قول من يقول بتقديم الحديث الضعيف على الاجتهاد ، وبه قال أحمد وغيره من الفقهاء ، على أن المعروف من مذهب الشافعي وبناء على أصله : إذا صح الحديث فهو مذهبي ، أنه لا عبرة بحديث لم يصح سنده في الأصول ولا في الفروع ، والعبرة في هذا بالعرف فهو يقوم مقام النص عند عدمه ، إلا أن الماوردي قال في حوايه في الغاريين . قال الشافعي : ويمطى من له الدين عليهم أحب للبر ، ولو أعطوه في دينهم رجوت أن ينفع ، فإن ضمنه في اثنين ضمن حصة الثالث ، وفيه وجهان .

(أحدهما) يضمن ثلث الثلث .

(والثاني) أنه يضمن أقل ما يجزىء أن يعطيه ثالثا ويخصر به غارما في بلد المال ، ومن كان منهم ذارحم أولى لما في صلتهما من زيادة الثواب ، فإن لم يكونوا لجيران المال لقوله تعالى : والجار ذي القرى والجار الجنب والصاحب بالجنب ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه ، قال الشافعي : وأقصى الجوار منهم أربعون داراً من كل ناحية ، وهكذا لو وصى لجيران كان جيرانه منتهى أربعين داراً من كل ناحية ، وقال قتادة : الجار الدار والداران ، وقال سعيد بن جبير : هم الذين يسمعون الإقامة ، وقال أبو يوسف هم أهل المسجد . ودليلنا ما روى أن رجلاً كان نازلاً بين قوم فأتى للنبي صلى الله عليه وسلم يشكوهم ، فبعث النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمر وعلياً رضي الله عنهم وقال : اخرجوا إلى باب المسجد وقولوا : ألا إن الجوار أربعون داراً .

قلت : فإذا صح ما استدلل به الماوردي من بعث الصحابة الثلاثة ليبلغوا عنه صلى الله عليه وسلم هذا كان دليلاً مسنداً للمذهب والا كان تحديد الأربعين اجتهاداً وعرقاً يصار إليهما على أنه قد استغل بعض السفهاء من واضعي الحديث حث القرآن والسنة على حسن الجوار لعموله مرتعاً لأحاديث غير شريفة ، من ذلك ما روى عن جابر رضي الله عنه مرفوعاً : الجيران ثلاثة : جار له حق واحد وهو أدنى الجيران وجار له حقان وجار له ثلاثة حقوق ، فأما الذي له حق واحد لجار مشرك لا رحم له ، له حق الجوار ، وأما الذي له الحقان لجار مسلم له حق الإسلام وحق الجوار ، وأما الذي له ثلاثة حقوق لجار مسلم ذو رحم له حق الإسلام وحق الجوار وحق الرحم ، وهذا الحديث رواه البزار عن شيخه محمد الحارثي وهو وضاع ، وفيما روى من الأحاديث الصحيحة غنى ، إلا أن الحديث الذي ساقه الماوردي قد رواه الطبراني عن كعب بن مالك ولفظه : أتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال : يا رسول الله أتى نزلت في محلة بني فلان ، وإن أشد هم لي أذى أقربهم لي جواراً فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمر وعلياً

يأتون باب المسجد فيقولون على بابه فيصيحون : ألا إن أربعين داراً جار ، ولا يدخل الجنة من خاف جاره بوائقه . وفي إسناد يوسف بن السفر ، أبو الفيض الدمشقي كاتب الأوزاعي وراوي به كما روى عن مالك . قال النسائي : ليس بثقة . وقال الدارقطني متروك يكذب . وقال ابن عدي : روى بو اطييل ، وقال البيهقي : هو في عداد من ينزع الحديث : وقال أبو زرعة وغيره متروك

فإذا وصى لقراءة القرآن وكان المضاف اليه معرقاً بال وهو يقتضى إما العهد أو الاستغراق ، فإن قلنا بال الأول ، فعلى الوجه الذى يجعل الوصية لمن يحفظ القرآن كله ويخرج ذلك من لا يحفظه جميعاً ، وإن قلنا بالثاني فيكل ما قرىء من القرآن فهو قرآن دخل من لا يحفظه كله لا شتغال لهظه عليه ، فإذا وصى وقال لقراء قرآن ، شمل من يحفظه كله ومن يحفظ آية واحدة قولاً واحداً .

فإن وصى للأعلماء صرف إلى علماء وفقهاء الأحكام ، ودارسى الفروع ، لأنه لا يطلق عرفاً عند من يوصون للقربة إلا عليهم ولا يدخل فيهم صغار المتعلمين للحديث لأنهم يسمعون الحديث ، ولا يشتغلون باختلاف أسانيده ، وأسماء رواه ، ومعرفة الثقة العدل الضابط منهم والمجروح بدلس أو سوء حفظ أو تصديق لكل ما يسمع ، أو شذوذ أو نكارة أو وضع أو صاحب مقالة في الإسلام أو غلو في مذهب يخرج به عن حد العدالة إلى غير ذلك مما ينبغى العلم به وارتشاف مورده ، وبذل الوسع في خدمته ، لأن الحديث أشرف علوم الدين وأعظمها مرتقى ، وأرجاها عاقبة ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فعمل) فإن وصى للأيتام لم يدخل فيه من له أب ، لأن اليتيم في بني آدم فقد الأب ، ولا يدخل فيه بالغ ، لقوله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الحلم ، وهل يدخل فيه الغنى ، فيه وجهان .

(أحدهما) يدخل فيه ، لأنه يتم بفقد الأب .

(والثاني) لا يدخل فيه ، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف على غنى ، فإن وصى للأرامل دخل فيه من لا زوج لها من النساء ، وهل يدخل فيه من

لا زوجة له من الرجال ، فيه وجهان (أحدهما) لا يدخل فيه ، لانه لا يطلق
هذا الاسم في العرف على الرجال (والثاني) يدخل فيه لانه قد يسمى الرجل أرملا
كما قال الشاعر :

كل الأرامل قد قضيت حاجتهم فمن لحاجة هذا الأرملة الذكر
وهل يدخل فيه من لها مال ، على وجهين كما قلنا في الأيتام .

(فصل) وإن وصى للأشيوخ أعطى من جاوز الأربعين ، وإن وصى للفتيان
والشباب أعطى من جاوز البلوغ إلى الثلاثين ، وإن وصى للغلمان والعبيان
أعطى من لم يبلغ . لان هذه الأسماء لا تطلق في العرف إلا على ما ذكرناه .

(الشرح) حديث لا يتم بعد الحلم ، رواه أبو داود عن علي كرم الله وجهه
قال ، حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يتم بعد احتلام ولا صمات
يوم إلى الليل ، وفي إسناده يحيى بن محمد ، الذي الجارى نسبة إلى الجار بلدة على المسار
بالقرب من المدينة المنورة : قال البخاري : يتكلمون فيه ، وقال ابن حبان :
يجب التنسك عما انفرد به من الروايات . وقال العقيلي : لا يتابع يحيى المذكور
على هذا الحديث ، وفي الخلاصة أن المعجلى وابن عدي وثقاه .

قال المنذرى : وقد روى هذا الحديث من رواية جابر بن عبد الله وأنس بن
مالك وليس فيها شيء بثبت ، وقد أعل هذا الحديث أيضاً عبد الحق وابن القطان
وغيرهما ، وحسنه النووي فيها سلف من أجزاء المجموع متمسكا بسكوت أبي داود
عليه ؛ ورواه الطبراني بسند آخر عن علي ، ورواه أبو داود الطيالسي في مسنده
وأخرج نحوه أيضاً ابن عدي عن جابر ، وهذه الروايات يقوى بعضها بعضاً
فترقى بالحديث إلى درجة الحسن .

وقد استدلل بالحديث على أن الاحتلام من علامات البلوغ ، وتعقب بأنه
بيان لغاية مدة اليتيم ؛ وارتفاع اليتيم لا يستلزم البلوغ الذي هو مناط التكليف ،
إنما يكون عند إدراكه لمصالح آخرته ، ويؤيد مفهومه عند القائلين بأن الاحتلام
من علامات البلوغ روايه أحمد وأبي داود والحاكم من حديث علي رضي الله عنه
وفيه وعن الصبي حتى يحتلم ، وقد أسلفنا القول في أبواب الحجر في تعريف اليتيم

ما ينفع في هذا فليراجع . على أنه إذا أوصى الأيتام ووجد من الأيتام الفقراء من يفيدون من وصيته بما لا يبقى منه فضل كانوا أول من اليتيم الغني وإن شمله التعريف .

فإن وصى للأرامل فهو للنساء . اللاتي قارهن أزواجهن بموت أو غيره ، وهو من أرمل المكان إذا صار ذارمل ، وأرمل الرجل إذا صار بغير زاد لنفاده وافتقاره . وأرملت المرأة فهي أرملة ، وهي التي لا زوج لها لافتقارها الى من ينفق عليها . قال الأزهرى : لا يقال لها أرملة إلا إذا كانت فقيرة ، فإذا كانت موسرة فليست بأرملة ، والجمع أرامل حتى قيل : رجل أرمل إذا لم يكن له زوج وهو قليل ، لا يذهب زاده بفقد امرأته لأنها لم تكن قيمة عليه . قال ابن السكيت والأرامل المساكين رجالا كانوا أو نساء .

وقال أحمد بن حنبل في رواية حرب ، وقد سئل عن رجل أوصى لأرامل بني فلان فقال : قد اختلف الناس فيها ، فقال قوم هو للرجال والنساء ، والذي يعرف في كلام الناس أن الأرامل النساء . وقال الشعبي وأصحاب : هو للرجال والنساء . وأنشد أحدهما :

هذه الأرامل قد قضيت حاجتها فمن حاجة هذا الأرمل الذكر
وقال الآخر :

أحب أن أصطاد ظيئاً سخيلاً رعى الربيع والشتاء أرملاً

فعلى الوجه بأنه لا يدخل في الوصية أرامل الرجال أن المعروف في كلام الناس أنه النساء فلا يحمل لفظ الموصى إلا عليه ، ولأن الأرامل جمع أرمله فلا يكون جمعاً للذكر ، لأن ما يختلف لفظ الذكر واللاتي في واحده يختلف في جمعه ، وقد أنكر ابن الأنباري على قائل القول الآخر وخطاه ، والشعر الذي احتج به حجة عليه بالرواية التي سقناها ، أما على الرواية التي ساقها المصنف : كل الأرامل قد قضيت حاجتهم فإنه يدل على شمول الأرامل للذكر واللاتي إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ متى كان للذكر واللاتي ثم رد عليه ضمير غاب فيه لفظ التذكير وضميره ، وهذا يؤيد الوجه القائل بشمول الوصية

لأرامل الرجال . فيكون أرامل جمع أرمل كما كابر وأعظم وأصاغر وأسافل جمع أكبر وأعظم وأصغر وأسفل

على أن هناك ألفاظاً مشتركة بين الرجال والنساء غالب استعمالها للنساء الكثرة شيوعها فيهن وقلتها بين الرجال ، قالوا يامى من قواه تعالى ، وإنكحوا الأيامى منكم ، وفي الحديث : أعوذ بالله من بوار الأييم . قالوا يطلق ذلك على الرجال والنساء الذين لا أزواج لهم لما روى عن سعيد بن المسيب قال : آمت حفصة بنت عمر من زوجها . وآم عثمان من رقية . والعزاب للرجال والنساء ؛ والقييب للرجال والنساء والبكر للرجال والنساء .

فإذا أوصى للأرامل فهل يدخل فيه من لها مال . على الخلاف الذى مضى في البتيم أما إذا وصى الشيوخ أعطى من جاوز الأربعين لأن مادون الأربعين كهولة ومادون الكهولة فتوة أو شباب وما دون ذلك بفاعه ، وما دونه صبي وما دونه طفل ، فهو إلى السابعة طفل . ثم إلى العاشرة صبي . ثم إلى الخامسة عشرة بافع ثم إلى الثلاثين شاب أو فتى ، ثم إلى الأربعين كهل ، ثم بعد الأربعين شيخ ، ثم بعد الستين همرم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان وصى للفقراء جاز أن يدفع إلى للفقراء والمساكين ، وان وصى للمساكين جاز أن يدفع إلى المساكين والفقراء ، لأن كل واحد من الإسمين يطلق على الفريقين ، وان وصى للفقراء والمساكين جمع بين الفريقين في العطية ، لأن الجمع بينهما يقتضى الجمع في العطية كما قلنا في آية الصدقات ، وان وصى لسبيل الله تعالى دفع إلى الغزاة من أهل الصدقات ، لأنه قد ثبت لهم هذا الاسم في عرف الشرع .

فان وصى للرقاب دفع إلى المكاتبين ، لأن الرقاب في عرف الشرع اسم للمكاتبين . وان وصى لأحد هذه الاصناف دفع إلى ثلاثة منهم ، لأنه قد ثبت لهذه الألفاظ عرف الشرع في ثلاثة ، وهو في الزكاة ، فحملت الوصية عليهم ، فان وصى لزبد والفقراء فقد قال الدافعى رحمه الله : هو كإحدم . فن أصحابنا من قال : هو بظاهره أنه يكون كإحدم يدفع إليه ما يدفع إلى أحدم ، لأنه أضاف

إليه واليه فوجب أن يكون كأحدهم . ومنهم من قال : يصرف إلى زيد نصف الثلث ويصرف النصف إلى الفقراء ، لأنه أضاف إليه واليه ، فوجب أن يساويهم . ومنهم من قال : يصرف إليه الربع ويصرف ثلاثة أرباعه إلى الفقراء لأن أقل الفقراء ثلاثة ، فكأنه وصى لأربعة ، فكان حق كل واحد منهم الربع وإن وصى لزيد بدينار وبثلثه للفقراء - وزيد فقير - لم يعط غير الدينار ، لأنه قطع الاجتهاد في الدفع بتقدير حقه في الدينار

(فصل) وإن وصى لقبيلة عظيمة كالملويين والهاشميين وطى وتميم ففيه قولان (أحدهما) أن الوصية تصح وتصرف إلى ثلاثة منهم ، كما قلنا في الوصية للفقراء (والثاني) أن الوصية باطلة ، لأنه لا يمكن أن يعطى الجميع ولا عرف لهذا اللفظ في بعضهم فبطل بخلاف الفقراء ، فإنه قد ثبت له هذا اللفظ عرف وهو في ثلاثة في الزكاة .

(الشرح) قال الإمام الشافعي : وإذا أوصى الرجل فقال : ثلث مالي في المساكين فيكل من لا مال له ولا كسب يغنيه داخل في هذا المعنى وهو الأحرار دون المالك ممن لم يتم عتقه . قال وينظر أين كان ماله فيخرج ثلثه في مساكين أهل ذلك البلد الذي به ماله دون غيرهم ، فإن كثر حتى يغنيهم نقل إلى أقرب البلدان له ، ثم كان هكذا حيث كان له مال صنع به هذا . وهكذا لو قال : ثلث مالي في الفقراء كان مثل المساكين يدخل فيه الفقير والمساكين ، لأن المسكين فقير ، والفقير مسكين إذا أفرد الموصي القول هكذا .

ولو قال ثلث مالي في الفقراء والمساكين ، علمنا أنه أراد التمييز بين الفقير والمسكنة ، فالفقير الذي لا مال له ولا كسب يقع منه موقفاً والمساكين من له مال أو كسب يقع منه موقفاً ولا يغنيه : فيجعل الثلث بينهم نهدين ، ونهفي مساكين أهل البلد الذي بين أظهرهم ماله ، وفقراءهم وإن قل . ومن أعطى في فقراء أو مساكين فإنما أعطى لمعنى فقر ، فينظر في المساكين فإن كان فيهم من يخرج من المسكنة مائة وآخر يخرج من المسكنة خمسون ، أعطى الذي يخرج من المسكنة مائة سهمين ، والذي يخرج خمسون سهماً وهكذا يصنع في الفقراء

على هذا الحساب ، ولا يدخل فيهم ، ولا يفضل ذو قرابة على غيره إلا بما وصفت في غيره من قدر مسكنته أو فقره ، لأن العطية له صدقة وصلة ، وما جمع ثوابين كان أفضل من التفرد بأحدهما ، فإن صرف الثلث في أقل من ثلاثة من الفقراء والمساكين ضمن ، فإن صرفه في اثنين كان في قدر ما يضمنه وجهان

(أحدهما) وهو الذي نصر عليه الشافعي في الأم أنه يضمن ثلث الثلث ، لأن أقل الأجزاء ثلاثة . والظاهر تساويهم فيه

والوجه الثاني : أنه يضمن من الثلث قدر ما لو دفعه إلى ثلاثة أجزاء ، ولا ينحصر بالثلث لأن له التسوية بينهم والتفضيل ، ولو كان اقتصر على واحد فأحد الوجهين أن يضمن ثلثي الثلث . والوجه الثاني أنه يضمن ما يجزئه من دفعه إليهما فلو أوصى بثلاث ماله للفقراء أو المساكين صرف الثلث في الصنفين بالسوية ودفع السدس إلى الفقراء وأقلهم ثلاثة ، ودفع السدس الآخر إلى المساكين وأقلهم ثلاثة .

فإن صرفه في أحد الصنفين ضمن السدس للصنف الآخر وجهاً واحداً ، ثم عليه صرف الثلث في فقراء البلد الذي فيه المال دون المالك كالزكاة ؛ فإن تفرق ماله أخرج في كل بلد ثلث ما فيه ، فإن لم يوجد وافيته نقل إلى أقرب البلاد به كما سلف القول في زكاة المال من المجموع

فأما زكاة الفطر ففيها وجهان :

(أحدهما) تخرج في بلد المال دون المالك كزكاة المال

(والثاني) تخرج في بلد المالك دون المال لأنها عن فطرة بدنه وطهرة لصومه

فإن نقل الزكاة من بلد المال إلى غيره كان في الأجزاء قولان

فأما نقل الوصية فقد اختلف أصحابنا في إخراجها على قوانين كالأزكاة ، ومنهم من قال يجزى قولاً واحداً وإن أساء ، لأن الوصية عطية من آدمي قد كان له أن يضمها حيث شاء .

فإن وصى في سبيل الله صرف في الغزاة لما قلناه في الزكاة ويصرف ذلك في ثلاثة فصاعدا من غزاة البلد ومحاربه أعنى بلد المال على حسب منازلهم في القرب والبعد ومن كان فيهم فدائيا أو نظاميا ، طياراً أو آلياً أو من المشاة أو الفرسان فإن لم يوجدوا في البلد نقل إلى أقرب البلاد به .

(فرع) إذا أوصى بثلاثة في الرقاب صرف في المكاتبين ، وبه قال أبو حنيفة وقال مالك : يشتري به رقاب يعتقون ، وأصل هذا اختلافهم في سهم الرقاب في الزكاة ، هل ينصرف في العتق أو في المكاتبين ، والدليل على ذلك قوله تعالى : إنما الصدقات للفقراء ، فأثبت ذلك لهم بلام الملك والعبد لا يملك فيصرف إليه والمكاتب يملك فوجب صرفه إليه ، ولأنه مصروف في ذوى الحاجات ، ولأن مال الزكاة مصروف لغير نفع يعود إلى ربه ، فلو صرف في العتق لعاد إليه الولاء فإذا تقرر أن سهم الرقاب في الزكاة مصروف في المكاتبين ، وجب أن يكون سهم الرقاب في الوصايا مصروفاً في المكاتبين ، لأن مطلق الاسماء المشتركة محمولة على عرف الشرع .

(فرع) إذا أوصى بشيء لزيد وللمساكين فقال الشافعي رضي الله عنه : يكون كأحدهم إن سهم أعطاه كواحد منهم ، ومن أصحابنا من قال : يصرف إليه ربع الوصية وثلاثة أرباعها للفقراء ، ومنهم من قال : يصرف لزيد نصف الوصية والباقي للفقراء ، لأنه جعل الوصية لجهتين فوجبت القسمة بينهما وبهذا قال أحمد وأصحابه وأبو حنيفة ومحمد .

وعن محمد قول آخر : لزيد ثلثه وللمساكين ثلثاه : لأن أقل الجمع اثنان ، فإن كان أوصى لزيد بدينار وثلثيه للفقراء ، وزيد فقير لم يدفع إليه من سهم الفقراء شيء ، وليس له غير الدينار ، وبه قال الحسن البصري وإسحاق بن راهويه ، لأن عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهما ، إذ الظاهر المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه ، ولأن تجويز ذلك يفضى إلى تجويز دفع الجميع إليه ، وانفذه يقتضى خلاف ذلك .

(فرع) وقوله : فإن وصى لقبيلة عظيمة كالعلويين هم أبناء على كرم الله وجهه

وهم يطلقون هذا على من كان من ولد محمد بن الحنفية ، ولذلك أطلق بعض من يريد كمال الشرف منهم لقب الفاطميين على أنفسهم حتى ينفوا أنهم من أبناء ابن الحنفية ، فكل فاطمي علوي وليس العكس .
أما الهاشميون فهم بنو هاشم بن عبد مناف واسمه عمرو وسمى هاشما لهشمه الثريد أيام المجاعة .

عمرو الذي هشم الثريد لقومه ورجال مكة مسنتون عجاف
وولده عبد المطلب بن هاشم وكان لعبد المطلب اثنا عشر ولداً ، عبد الله أبو النبي صلى الله عليه وسلم ، وأبو طالب ، وأبيير ، وعبد الكعبة ، والعباس ، وضرار ، وحمزة ، وحجل ، وأبو لهب ، وقثم ، والفيداق الملقب بالمقوم ، والحارث أعمام النبي صلى الله عليه وسلم .
والعقب منهم لسته حمزة والعباس وأبو لهب والحارث وأبو طالب وعبد الله وقد ذكر ابن حزم وغيره أن حمزة انقرض عقبه .
أما طيء بفتح الطاء وتشديد الياء بهمزة في الآخر أخذاً من الطاعة على وزن الطاعة ، وهي الإيغال في المرعى وهم بنو طيء بن زيد بن يشجب بن عريب بن زيد بن كهلان ، وإليهم ينسب حاتم الطائي المشهور بالكرم ، وأبو تمام الطائي الشاعر المشهور وهم من العرب العاربة من حمير ، كانت منازلهم باليمن ثم افترقوا بعد سيل العرم فنزلوا بنجد والحجاز ، ثم غلبوا بني أسد على جبلي أجا وسلمى من بلاد نجد فنزلوا بها فمرقا بجبلي طيء ثم افترقوا في أول الإسلام زمن الفتوحات في الاقطار ، ومنهم بنو نعل وزيد الحنبل ، وبنو تميم من العرب المستعربة وكانت منازلهم بأرض نجد ومن بطونهم طائفة ومن بطونهم مزينة وهم بنو عثمان وأوس ابني عمر بن أد بن طائفة ومزينة أمهم عرفتوا بها وهي بنت وبرة ، ومنهم كعب ابن زهير المزني صاحب قصيدة بانث سعاد التي ألهاها أمام النبي صلى الله عليه وسلم ومنهم الامام إسماعيل بن إبراهيم المزني صاحب الامام الشافعي رضي الله عنه .
أما الاحكام : فانه إن وصي ابني فلان وهم قبيلة ويدخل فيهم الذكر والانثى والخنثى فني جواز الوصية قولان .

(أحدهما) تصح وتصرف إلى ثلاثة منهم فما فوق كما قلنا في الفقراء وبصحتهما قال أحمد بن حنبل وقال : لا يدخل ولد البنات فيهم لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة (والقول الثاني) لا تصح الوصية لعدم إمكان إعطاء الجميع ولا يطلق اللفظ في العرف على أخذ منهم بحيث لو أوصى لبني طيء فلا يخصر بني مزينة ، ولو أوصى لبني هاشم فلا يخصر بني أبي طالب ، فيكون باطلا ويخالف الفقراء فإنه ينطبق عرفا على ثلاثة منهم ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أوصى أن يضع ثلثه حيث يرى لم يجز أن يضعه في نفسه لأنه تملك ماله بالإذن فلم يملك من نفسه كماله وكاله في البيع ، والمستحب أن يصرفه إلى من لا يرث الموصى من أقاربه ، فإن لم يكن له أقارب صرف إلى أقاربه من الرضاع ، فإن لم يكونوا صرف إلى جيرانه لأنه قائم مقام الموصى ، والمستحب للموصى أن يضع فيما ذكرناه فكذلك الوصى .

(فصل) وإن وصى بالثلث لزيد ولجبريل ، كان لزيد نصف الثلث وتبطل في الباقي : فإن وصى لزيد وللرياح ففيه وجهان ، أحدهما : أن الجميع لزيد ، لأن ذكر الرياح لغو .

والثاني : أن لزيد النصف وتبطل الوصية في الباقي كالمسألة قبلها ، فإن قال : ثلثي لله ولزيد ففيه وجهان (أحدهما) أن الجميع لزيد ، وذكر الله تعالى للتبرك كقوله تعالى : فإن لله خمسة وللرسول (والثاني) أنه يدفع إلى زيد نصفه والباقي للفقراء لأن عامة ما يجب لله تعالى يصرف إلى الفقراء .

(فصل) وإن وصى لملء امرأة فولدت ذكراً وأنثى صرف إليهما وسوى بينهما ، لأن ذلك عطية فاستوى فيه الذكر والأنثى ، وإن وصى إن ولدت ذكراً فله ألف ، وإن ولدت أنثى فلها مائة فولدت ذكراً وأنثى استحق الذكر الألف والأنثى المائة ، فإن ولدت خنثى دفع إليه المائة لأنه يقين ويترك الباقي إلى أن يتبين فإن ولدت ذكرين أو أنثيين ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أن الوارث يدفع الألف إلى من يشاء من الذكرين والمائة إلى من

يشاء من الاثنين لأن الوصية لأحدهما فلا تدفع اليهما ، والاجتهاد في ذلك إلى الوارث كما لو أوصى لرجل بأحد عبديه .

والثاني : أنه يشترط الذكران في الألف والاثنين في المائة ، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فسوى بينهما ، ويخالف العبد فانه جعله إلى الوارث : وهمنا لم يجعله إلى الوارث .

والثالث : أنه يوقف الألف بين الذكرين والمائة بين الاثنين إلى أن يباغيا ويصطلحا ، لأن الوصية لأحدهما فلا يجوز أن تجعل لهما ولا خيار للوارث ، فوجب التوقف ، فان قال : ان كان مافي بطنك ذكراً فله ألف ، وان كان أنثى فله مائة ، فولدت ذكراً وأنثى لم يستحق واحد منهما شيئاً لأنه شرط أن يكون جميع مافي البطن ذكراً أو جميعه أنثى ، ولم يوجد واحد منهما .

(الشرح) الأحكام : اذا أوصى بتلت ماله إلى رجل يضعه حيث يشاء هو أن يضعه أو حيث أراه الله لم يكن له أن يأخذ منه لنفسه شيئاً ، وان كان محتاجاً لأنه أمره بصرفه لا بأخذه ولم يكن له أن يصرفه إلى وارث الموصى ، وان كان محتاجاً لان الوارث ممنوع من الوصية وليس له أن يودعه عند نفسه ولا أن يودعه غيره ، قال الشافعي رضي الله عنه : واختار له أن يعطيه أهل الحاجة من قرابة الميت حتى يغنيهم دون غيرهم ، وليس الرضاع قرابة ، فان لم يكن له قرابة من قبل الاب والام وكان له رضاء أحببت أن يعطيهم ، فان لم يكن له رضيع أحببت أن يعطى جيرانه الأقرب منهم فالأقرب ، وأقصى الجوار منتهى أربعين داراً من كل ناحية وأحب أن يعطيه أفقر من يجده وأشدهم تعقفاً واستئثاراً ، ولا يبقى في يده شيئاً يمكن به أن يخرج منه من ساعته .

(فرع) ان وصى بالثلث لله ولزيد فقد كان لأصحابنا فيه وجهان . أحدهما : أن التلت لزيد واسم الله تعالى في الوصية ورد مورد التبرك . والثاني أن يصرف لزيد نصفه ويصرف النصف الباقي للفقراء ، فعلى هذا الوجه اذا صرف إلى زيد التلت كله ضمن نصفه .

ولو قال : اصرفوا ثلثي في سبيل الخير أو في سبيل البر أو في سبيل الثواب
قال الشافعي رضي الله عنه : جزيء أجزاء فأعطى ذو قرابته فقراء كانوا أو
أغنياء ، والفقراء والمساكين ، وفي الرقاب والغارمين وابن السبيل والحاج ،
ويدخل الضيف والسائل والمعتز منهم ، فان لم يفعل الموصي ضمن سهم من منعه
إذا كان موجوداً .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : تجوز الوصية لما في البطن وبما في البطن
إذا كان يخرج لأقل من ستة أشهر ، فان خرجوا عدداً ذكوراً وإناثاً فالوصية
بينهم سواء وهم لمن أوصى بهم له ، وهذه المسألة مشتملة على فصلين .

أحدهما : الوصية للحمل .

والثاني : الوصية بالحمل ، فأما الوصية بالحمل لجائزة ، لأنه لما ملك بالارث
— وهو أضييق — ملك بالوصية التي هي أوسع ، فلو أقر للحمل إقراراً مطلقاً
بطل في أحد القولين ، والفرق بينهما أن الوصية أحمل للجهالة له من الإقرار ،
ألا ترى لو أوصى لمن في هذه الدار صح ، ولو أقر له لم يصح ، فإذا قال : قد
أوصيت لحمل هذه المرأة بألف نظر حالها إذا ولدت ، فان وضعته لأقل من ستة
أشهر من حين تكلم بالوصية لا من حين الموت صححت له الوصية لعلنا أن الحمل
كان موجوداً وقت الوصية ، وان وضعته لاكثر من أربع سنين من حين الوصية
فالوصية باطلة لحدوثه بعدها وأنه لم يكن موجوداً وقت التكلم بها ؛ وان وضعته
لاكثر من ستة أشهر وقت الوصية ولاقل من أربع سنين ، فان كانت ذات زوج
يمكن أن يبطأ فيحدث ذلك منه فالوصية باطلة لا يمكن حدوثه فلم يستحق بالشك
وان كانت غير ذات زوج يبطأ فالوصية جائزة لان الظاهر تقدمه ، والحمل يجري
عليه حكم الظاهر في الحقوق فكذلك في الوصية فإذا صححت الوصية له فان وضعت ذكراً أو
أنثى فالوصية له وان وضعت ذكراً وأنثى كانت الوصية بينهما نصفين لأنها هبة لا ميراث إلا
إذا فضل الموصي الذكر على الأنثى أو العكس فيحمل على تفضيله ، فلو قال إذا ولدت
غلاماً فله ألف ، وان ولدت جارية فلها مائة فولدت غلاماً استحق ألفاً أو جارية
استحق مائة ، وان ولدت غلاماً وجارية استحق الغلام ألفاً والجارية مائة ،

وإن ولدت خنتى دفع اليه مائة لأنها يقين ووقف تمام الألف حتى يتبين ، وهكذا لو قال : إن كان فى بطنك غلام فله ألف ، وإن كان فى بطنك جارية فلها مائة ، فإن ولدت غلامين أو جارين صحت الوصية . وفيما ثلاثة أوجه حكاه ابن سريج (أحدها) أن للورثة أن يدفعوا الألف إلى أى الغلامين شاءوا والمائة إلى أى الجارين شاءوا لأنها لا أحدهما فلم تدفع اليهما ، ورجع فيها إلى بيان الوارث كالوصية بأحد عبديه

(والوجه الثانى) أنه يشترك الغلامان فى الألف والجاريتان فى المائة ، لأنها وصية لغلام وجارية ؛ وليس أحد الغلامين أولى من الآخر ، فشارك بينهما ولم يرجع فيه إلى خيار الوارث بخلاف الوصية بأحد العبدین اللذين يملكهما الوارث فجاز أن يرجع إلى خياره فيهما .

(والوجه الثالث) أن الألف موقوفة بين الغلامين ، والمائة موقوفة بين الجارين حتى بصطلاحا عليهما بعد البلوغ ، لأن الوصية لواحد فلم يشرك فيهما بين اثنين ، وليس للوارث فيهما خيار فلزم فيها الوقف

فلو قال : إن كان الذى فى بطنك غلام فله ألف ، وإن كان الذى فى بطنك جارية فلها مائة ، فولدت غلاماً وجارية فلا شيء لواحد منهما ، بخلاف قوله أن كان فى بطنك غلام فله الألف ، لأنه إذا قال أن كان الذى فى بطنك غلام فقد جعل كون الحمل غلاماً شرطاً فى الحمل والوصية معاً ، فإذا كان الحمل غلاماً وجاريه لم يوجد الشرط كاملاً فلم تصح الوصية .

وإذا قال إن كان فى بطنك غلام فلم يجعل ذلك شرطاً فى الحمل ، وإنما جعله شرطاً فى الوصية فصحت الوصية . وهكذا لو قال : أن كان ما فى بطنك غلاماً ، فهو كقوله : إن كان الذى فى بطنك جارية ، فإذا وضعت غلاماً وجاريه فلا وصية . وكذلك لو قال : إن كان الذى فى بطنك غلاماً فله ألف فولدت غلامين فى الوصية وجهان .

(أحدهما) باطل كما لو ولدت غلاماً وجاريه لأنه لم يكن كل حملها غلاماً . والوجه الثانى أنها جائزة لأن كل واحد منهما غلام فاشتركا فى الصفه ولم تضر الزيادة ، فعلى هذا يكون على الوجوه الثلاثة التى حكاه ابن سريج من قبل أنها

ترجع إلى بيان الورثة في دفع الألف إلى أحدهما ، والثاني يشتركان جميعا فيهما .
والثالث توقف الألف بينهما حتى يصطلحا عليهما .

(مسئلة) لو قال قد أوصيت لحمل هذه المرأة من زوجها الحيات بولد نفاه زوجها باللعان ، ففي الوصية وجهان (أحدهما) وهو قول ابن سريج ان الوصية باطلة لأن لعانه قد نفى أن يكون منه (والوجه الثاني) وهو قول أبي إسحاق المروزي ان الوصية له جائزة ، لأن لعان الزوج إنما يختص بنفي النسب دون غيره من أحكام الأولاد . ألا ترى أنها تعند به . ولو قذفها به قاذف حدث له . ولو عاد واعترف به لحق به . ولكن لو وضعت بعد أن طلقها ذلك الزوج ثلاثا ولا أكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ولا أقل من ستة أشهر من حين الوصية فلا وصية لهلنا أنه ليس منه . وبخلاف الملاءن الذي يجوز أن يكون الولد منه .

(مسئلة أخرى) إذا وضعت الموصى بحملها ولدا ميتا فلا وصية كما لا ميراث له ، ولو وضعته حيا فماتت وصية وكان لو ارث الحمل كالميراث . ولو ضرب ضارب بطنها فالقت جنيينا ميتا كان فيه على الضارب قود ، ولا وصية له كما لا ميراث له . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن أوصى لرجل بسهم أو بقسط أو بنصيب أو بجزء من ماله فالخيار إلى الوارث في القليل والكثير ، لأن هذه الألفاظ تستعمل في القليل والكثير .

(فصل) فإن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته أعطى مثل نصيب أقلام نصيبا لأنه نصيب أحدهم ، فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كان ذلك وصية بنصف المال ، لأنه يحتمل أن يكون قد جعل له الكل ، ويحتمل أنه جعله مع ابنه فلا يلزمه إلا اليقين ، ولأنه قصد التسوية بينه وبين ابنه ولا توجد التسوية إلا فيما ذكرناه ، فإن كان له ابنان فوصى له بمثل نصيب أحد ابنيه جعل له الثلث ، وإن وصى له بنصيب ابنه بطالت الوصية ، لأن نصيب الابن الإبن فلا تصح الوصية به كما لو أوصى له بمال لابنه من غير الميراث .

ومن أصحابنا من قال : يصح ويجعل المال بينهما ، كما لو أوصى له بمثل نصيب
إبنه ، فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كافر أو قاتل فالوصية باطلة ، لأنه
وصى بمثل نصيب من لا نصيب له ، فأشبهه إذا وصى بمثل نصيب أخيه وله ابن ؟

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال لفلان نصيب أو حظ أو
قليل أو كثير من مالي ، فما أعرف لكثير حداً

الأحكام : إذا أوصى لرجل بنصيب من ماله أو حظ أو قليل أو كثير ولم
يحدد ذلك شيء فالوصية جائزة ويرجع في بيانها إلى الورثة : فما بينوه من شيء
كان قولهم فيه مقبولا ، فإن ادعى الموصى له أكثر لأن هذه الأسماء كلها لا تختص
في اللغة ولا في الشرع ولا في العرف بمقدار معلوم لاستعمالها في القليل والكثير
ولأن القليل والكثير حدد ، لأن الشيء قد يكون قليلا إذا أضيف إلى ما هو
أكثر منه ، ويكون كثيراً إذا أضيف إلى ما هو أقل منه

وحكي عن عطاء وعكرمة أن الوصية بما ليس بمعلوم من الحظ والنصيب
باطلة للجهل بها . وهذا فاسد لأن الجهل بالوصايا لا يمنع من جوازها ، ألا ترى
أنه لو أوصى ثلث ماله وهو لا يعلم قدره جازت الوصية مع الجهل بها ، وقد
أوصى أنس بن مالك لثابت البناني بمثل نصيب أحد ولده

أما إذا أوصى له بسهم من ماله فقد اختلف الناس فيه ، فحكى عن عبد الله
ابن مسعود رضي الله عنه والحسن البصري وإياس بن معاوية وسفيان الثوري
وأحمد بن حنبل أن له سدس المال . وقال شريح يدفع له بينهم واحد من سهام
الفريضتين . وقال أبو حنيفة يدفع إليه مثل نصيب أقل الورثة نصيباً ما لم يجاوز
الثالث ، فإن جاوزه أعطى الثلث . وقال أبو ثور أعطيه سهماً من أربعة وعشرين
سهماً . وقال أبو يوسف ومحمد يعطى مثل نصيب أقلهم نصيباً ما لم يجاوز الثات
فإن جاوزه أعطى الثلث

وقال الشافعي السهم اسم عام لا يختص بقدر محدود لانطلاقه على القليل
والكثير كالحظ والنصيب فيرجع فيه إلى بيان الوارث ، فإن قيل روى ابن مسعود
أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض لرجل أوصى له سهماً سدساً . قيل هي قضية

في عين بحتمل أن تكون البينة قائمة ، فأمر بالسدس أو اعترف به الورثة ، فإذا ثبت أنه يرجع فيه إلى بيان الورثة قبل منهم ما بينوه من قليل وكثير ، فإن نوزعوا أحلفوا ، فلو لم يبينوا لم تخل حالهم من أن يكون عندهم بيان أو لا يكون ، فإن لم يكن عندهم بيان رجح إلى بيان الموصى له ، فإن نوزع أحلف ، وإن لم يكن عند الموصى له بيان فأبوا أن يبينوا ففيه وجهان من اختلاف قولين فيمن أقر بمجمل وامتنع أن يبين أحدهما يحبس الوارث حتى يبين ، والثاني يرجع إلى بيان الموصى له (فرع) إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه قال الشافعي رضي الله عنه : أعطيته مثل أقلام نصيبا ،

(قلت) لأن الوصايا لا يستحق فيها إلا اليقين والاقول ، فلا تعين الزيادة على شك ، فإن كان سهم الزوجة أقل أعطيته مثل سهمها ، وإن كان سهم غيرها من البنات أو بنات الإبن أقل أعطيته مثله ، واعتبار ذلك باعتبار سهام كل واحد من الورثة من أصل فرضتهم ، فتجعل الموصى له مثل سهام أقاربهم ، وتضمه إلى أهل الفريضة ، ثم يقسم المال بين الموصى له والورثة على ما اجتمع معك من العددين وقد بيناه .

ولو وصى إليه بمثل أكثرهم نصيبا اعتبرته وزدته على سهام الفريضة ثم قسمت ما اجتمع من العددين على ما وصفناه ، فعلى هذا لو اختلف الورثة فقال بعضهم أراد مثل أولنا نصيبا ، وقال بعضهم بل أراد مثل أكثرنا نصيبا أعطيته من نصيب كل واحد من الفريقين حصة مما اعترف بها

ومثالا ، أن يكون الورثة ابنين وبنتين فيكون لكل ابن سهمان ولكل بنت سهم والموصى له بمثل نصيب الذكر ، ولو أراد أني لكان المال مقسوما على سبعة اسم فريضة ابنين وثلاثة بنات

ولو ترك ابنا وبنتا وأوصى لرجل بمثل نصيب الإبن والآخر بمثل نصيب البنت فذلك ضربان (أحدهما) أن يريد بمثل نصيب البنت قبل دخول الوصية عليها . فبلى هذا يكون الموصى له بمثل نصيب الإبن خمس المال والموصى له بمثل نصيب البنت ربع المال ، فيصير بالوصيتين بخمس المال وربعه فيوقف على إجازتهما .

والغرب الثاني : أن يريد بمثل نصيب البنت بعد دخول الوصية عليها فعلى هذا يكرن الموصى له بمثل نصيب الابن خمس المال ، والموصى له بمثل نصيب البنت سدس المال فنصير الوصيتين بخمس المال وسدسه فتوقف على إجازتهما ولو ابتدا فوصى لرجل بمثل نصيب البنت والآخر بمثل نصيب الابن كان للموصى له بمثل نصيب البنت ربع المال ، فأما الموصى له بمثل نصيب الابن ، فان أراد قبل دخول الوصية عليه كان له ثلث المال ثم على هذا القياس . ولو ترك بنتا وأخا وأوصى لرجل بمثل نصيب البنت فقد اختلف أصحابنا في قدر ما يستحقه الموصى له على وجهين .

(أحدهما) له الربع نصف حصّة البنت ، لأنه لما استحق مع البنت الواحدة الربع لأنه نصف نصيبها .

(والوجه الثاني) وهو أصح ، له التلث لأنه بصير مع البنت الواحدة كبنت ثانية كما بصير مع الابن الواحد كابن ثان ، وللواحدة من البنتين التلث فكذلك للموصى له مثل نصيب البنت الواحدة التلث ، وهكذا لو وصى بمثل نصيب أخت مع عم كان فيها يستحقه بالوصية وجرمان . أحدهما : الربع ، والثاني التلث وهكذا لو لم يرث مع البنت والأخت غيرهما ، لأن الكل واحدة منهما إذا انفردت النصف ، والباقي لبنت المال ، فعلى هذا لو وصى بمثل نصيب أخ لام فله في أحد الوجهين نصف السدس ، وفي الآخر السدس .

وجملة ذلك أن الموصى جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليها نصيب الموصى له وجعله مثلا له ، وهذا يقتضى أن لا يزداد عليه ، فان كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين مثلا فله نصيب أحدهم اذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد ورثته فان تفاضلوا فله مثل نصيب أقلهم ميراثا يزداد على الفريضة ، فان أوصى بنصيب وارث معين فله مثل نصيبه مزاداً على الفريضة ، وبهذا قال الجمهور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد .

وقال مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود : يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم اذا كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد ، ويقسم الباقي بين الورثة

لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال ، فلو أوصى بمثل نصيب ابنه ، وله ابن واحد فالوصية بجميع المال ، وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف ، وإن كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث .

وقال مالك : إن كانوا يتفاضلون نظر إلى عددهم فأعطى سهماً من عددهم لأنه لا يمكن اعتبار أنصبتهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رؤوسهم ، وقد أوضحنا أن الموصى جعل وارثه أصلاً وقاعدة ، وهذا يدل على فساد ما خالفه ، لأن قاعدة الجمهور تقتضي أن لا يزداد أحدهما على صاحبه ، ومتى أعطى من أصل المال فما أعطى نصيبه ولا حصلت له التسوية ، والعبارة تقتضي التسوية ، وإنما جعل مثل أفاهم نصيباً لأنه اليقين ، وما زاد فشكوك فيه فلا يثبت مع الشك .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : إذا أوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له غيره فله النصف ، فإن لم يحز الابن فله الثلث .

قلت وهذا قول أبي حنيفة وصاحبه : فإن أجازها الابن وإلا ردت على الثلث وقال مالك وزفر بن الهذيل وداود بن علي : هي وصية بجميع المال ، استدلالاً بأن نصيب ابنه إذا لم يكن له غيره الجميع فافتضى أن تكون الوصية بمثل نصيبه وصية بجميع المال ، ولأنه لو كان وصى له بمثل ما كان نصيب ابنه كانت وصية بجميع المال إجماعاً وجب إذا وصى له بمثل نصيب ابنه أن تكون وصيته بجميع المال إجماعاً ، وهذا قاعد من ثلاثة أوجه .

أحدها : أن نصيب الابن أصل والوصية بمثله فرع فلم يحز أن يكون الفرع رافعاً لحكم الأصل .

والثاني : أنه لو جعلت الوصية بكل المال لخرج أن يكون لابن نصيب ، وإذا لم يكن لابن نصيب بطلت الوصية التي هي مثله .

والثالث : أن الوصية بمثل نصيب ابنه توجب التسوية بين الموصى له وبين ابنه ، فإذا وجب ذلك كانا نصفين ، وفي إعطائه الجميع إبطال للتسوية بينهما كما قررنا ، وأما قولهم : إن نصيب الابن كل المال ، فالجواب : أن له الجميع مع عدم الوصية ، فأما مع الوصية فلا يستحق الجميع .

وأما قوله : وصيت لك بمثل ما كان نصيب ابني فالفرق بينهما أنه لم يجعل له مع الوصية نصيباً ولذلك كانت بكل المال .
فعلى هذا لو قال : وصيت لك بنصيب ابني قالذي عليه الجمهور من أصحابنا أن الوصية باطلة ، وهو قول أبي حنيفة وأحمد لأنها وصية بما لا يملك ، لأن نصيب الابن ملكه لا ملك أبيه . وقال بعض أصحابنا الوصية جائزة ، وهو قول مالك ويحريها بغير قوله : بمثل نصيب ابنه فيجعلها وصية بالنصف وعند مالك بالكل ولو أوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له كانت الوصية باطلة ، وكذلك لو كان له ابن كافر أو قاتل لأنه لا نصيب له .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال : بمثل نصيب أحد ولدي فله مع الابنين الثلث ومع الثلاثة أربعم حتى يكون كأحدهم .
قلت : وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه . وقال مالك : يكون له مع الاثنين النصف ومع الثلاثة الثلث ومع الأربعة الربع ، وقد ذكرنا وجه فساد ما فيه من تفضيل الموصى له على ابنه .

(قلت) ولو قال : بمثل نصيب ابني وله ولدان فالوصية باطلة ، لأنه بوصي بنصيب ابنه الذي هو ملك للإبن فلا يملك الأب الوصية به كما لو أوصى بما يملكه ولده من كسبه لا من ميراثه ، ومن أصحابنا من صحح الوصية وجعلها كقوله : بمثل نصيب أحد ابني ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) فإن وصى بضعف نصيب أحد أولاده دفع إليه مثلاً نصيب أحدهم لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله ، ولهذا يروى أن عمر رضي الله عنه أضعف الصدقة على نصارى بني تغلب ، أي أخذ مثلي ما يؤخذ من المسلمين فإن وصى له بضعف نصيب أحدهم أعطى ثلاثة أمثال نصيب أحدهم . وقال أبو ثور يعطى أربعة أمثاله وهذا غلط ، لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله فوجب أن يكون الضعفان عبارة عن الشيء ومثليه .

(فصل) فإن وصى لرجل بثلث ماله ولا آخر بنصفه وأجار الورثة قسم

المال بينهما على خمسة . الموصى له بالثلث سهمان ، والموصى له النصف ثلاثة أسهم فإن لم يجز واقسم الثلث بينهما على خمسة على ما ذكرناه لأن ما قسم على النفاصل عند انساع المال قسم على النفاصل عند ضيق المال كالوارث ، والمال بين الغرماء فإن أوصى لرجل بجميع ماله ولاخر بثلثه وأجاز الورثة . قسم المال بينهما على أربعة ، الموصى له بالجميع ثلاثة أسهم ، والموصى له بالثلث سهم ، لأن السهم في الوصايا كالسهم في الموارث ، ثم السهم في الموارث إذا زادت على قدر المال أعلت الفريضة بالسهم الزائد ، فكذلك في الوصية ، فإن لم يجز واقسم الثلث بينهما على ما قسم الجميع .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال : ضعف ما يصيب أكثر ولدي نصيبا أعطيته مثله مرتين ، ولو قال : ضعفين ، فإن كان نصيبه مائة أعطيته ثلاثمائة ، فما كون قد أضعفت المائة التي نصيبه بميراثه مرة فذلك ضعفان ، وهكذا إن قال ثلاثة أضعاف وأربعة ، ولم أزد على أن أنظر أصل الميراث فأضعفه له مرة بعد مرة حتى يستكمل ما أوصى له به اهـ

اللغات : إذا أوصى لرجل بمثل ضعف نصيب أحد أولاده كان الضعف مثلي النصيب ، فإن كان نصيب الابن مائة كان للموصى له بالضعف مائتين ، وبه قال جمهور الفقهاء . وقال أبو عبيدة القاسم بن سلام الضعف المثل ، واستدل بقوله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أي مثلين ، وقوله تعالى (فآتت أكفها ضعفين) وإذا كان الضعفان مثلين قالوا أحد مثل .

ولنا أن الضعف مثلان بدليل قوله تعالى (إذن لأذقنك ضعف الحياة و ضعف الممات) وقال (فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا) ويروى عن عمر أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة : وقال الحذيفة وعثمان بن حنيف- لعلمكما حملتا الأرض مالا تطيق ؟ فقال عثمان لو أضعفت عليهما لاحتملت ، قال الأزهرى الضعف المثل فما فوقه .

قال الماوردي في حاربه : والدليل على أن الضعف مثلان هو أن اختلاف الأسماء يوجب اختلاف المسمى إلا ما خصر بدليل . ولأن الضعف أعم في اللفظ

من المثل فلم يحز أن يسرى بينه وبين المثل ، ولأن انشقاق الضعف من المضاعفة
والثنية من قولهم : أضعفت الثوب إذا طويته بطاقيين

فأما الآية ففيها جوابان (أحدهما) ما حكاه أبو العباس عن الأثرم عن بعض
المفسرين أنه جعل عذابهم إذا أتيت بفاحشة ثلاثة أمثال عذاب غيرهن فلم يكن فيه
دليل (والثاني) أن الضعف قد يستعمل في موضع المثل مجازاً إذا صرفه الدليل
عن حقيقته ، وليست الأحكام تتعلق بالمجاز ، وإنما تتعلق بالحقائق

فأما بيان الأحكام فإنه إذا أوصى له بضعف نصيب ابنه فقد اختلفوا فيه على
ثلاثة مذاهب (أحدها) وهو مذهب مالك أن له مثلي نصيبه لأنه جعل الضعف
مثلاً لجعل الضعفين مثلين

والمذهب الثاني — وهو مذهب أبي ثور أن له أربعة أمثال نصيبه ، لأنه لما
استحق بالضعف مثلين استحق بالضعفين أربعة أمثال

والمذهب الثالث — وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه وجمهور الفقهاء —
أن له بالضعفين ثلاثة أمثال نصيبه ، فإن كان الابن نصيبه مائة استحق بالضعفين
ثلاثمائة ، لأنه لما أخذ بالضعف سهم الابن ومثله حتى استحق مثلين . وجب أن
يأخذ بالضعفين لسهم الابن ومثله يستحق به ثلاثة أمثاله . فعلى هذا لو أوصى
له بثلاثة أضعاف نصيب ابنه استحق أربعة أمثاله ، وبأربعة أضعاف خمسة
أمثاله وكذلك فيما زاد

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو أوصى لرجل بثلث ماله ولاخر
بنصفه ولاخر بربعه فقد عالت وصاياه على كل ماله ، فلا يخلو حال ورثته من
ثلاثة أحوال : إما أن يجيزوا جميعاً أو يردوا جميعاً ، أو يجيزوا بعضها ويردوا
بعضها ، فإن أجازوا جميعها قسم المال بينهم على قدر وصاياهم وأصلها من اثني عشر
لاجتماع الثلث والربع ويعول بسهم ، وتصح من ثلاثة عشر ، لأصاحب النصف
سته أسهم ، ولأصاحب الثلث أربعة أسهم ، ولأصاحب الربع ثلاثة أسهم ،
وكان النقص بسهم العول داخلاً على جميعهم كالموارث . وهذا منفق عليه ولم
يخالف فيه أبو حنيفة ولا غيره

(فصل) فإن قال أعطوه رأساً من رقيق ولا رقيق له ، أو قال أعطوه عبدى الحبشى وله عبد سندی أو عبدى الحبشى وسماه باسمه ووصفه هذبة من بياض أو سواد وعنده حبشى يسمى بذلك الاسم ومخالف له في الصفة فالوصية باطلة لأنه وصى له بما لا يملكه ، فإن كان له رقيق أعطى منه واحداً ، سليماً كان أو مميهاً لأنه لا عرف في هبة الرقيق فحمل على ما يقع عليه الاسم ، فإن مات ما له من الرقيق بطلت الوصية لأنه مات ما تعلقت به الوصية من غير تفریط ، فإن قتلوا فإن كان قبل موت الموصى بطلت الوصية لأنه جاء وقت الوجوب ولا رقيق له ، فإن قتلوا بعد موته وجبت له قيمة واحد منهم لأنه بدل ما وجب له .

(فصل) فإن وصى بعرق عبد أعتق عنه ما يقع عليه الاسم لعموم اللفظ .

ومن أصحابنا من قال : لا يجوز إلا ما يجوز في الكفارة لأن العتق في الشرع له عرف وهو ما يجوز في الكفارة فحملت الوصية عليه ، فإن وصى أن يعتق عنه رقبة فعجز الثالث عنها ولم تجز الورثة أعتق قدر الثالث من الرقبة لأن الوصية تعلقت بجميعها ، فإذا تعدى الجميع بقي في قدر الثالث ، فإن وصى أن يعتق عنه رقاب أعتق ثلاثة لأن الرقاب جمع وأقله ثلاثة ، فإن عجز الثالث عن الثلاثة أعتق عنه ما أمكن ، فإن اتسع الثالث لرقبتين وتفضل شيء ، فإن لم يمكن أن يشتري بالفصل بعض الثالثة زيد في ثمن الرقبتين ، وإن أمكن أن يشتري به بعض الثالثة ففيه وجهان .

(أحدهما) يزاد في ثمن الرقبتين لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الرقاب فقال : أكثرها ثمناً وأنفسها عند أهلها ،

(والثاني) أنه يشتري به بعض الثالثة لقوله صلى الله عليه وسلم : من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار ، ولأن ذلك أقرب إلى العدد الموصى به .

(فصل) فإن قال أعتقوا عبداً من عبيدى وله خنثى حكم له بأنه رجل ، ففيه وجهان . أحدهما أنه يجوز لأنه محكوم بأنه عبد . والثاني لا يجوز لأن اسم العبد لا ينصرف إليه ، فإن قال أعتقوا أحد رقيقى وفيهم خنثى مشكل فقد روى الربيع فيمن وصى بكتابة أحد رقيقه أنه لا يجوز الخنثى المشكل . وروى المازني أنه يجوز

فمن أصحابنا من قال : يجوز كما نقله المزي ، لأنه من الرقيق ، ومنهم من قال لا يجوز كما نقله الربيع لأن إطلاق اسم الرقيق لا ينصرف إلى الخنثى المشكل .
(فصل) فان قال أعطوه شاة جاز أن يدفع إليه الصغير والكبير والضأن والمعز ، لأن اسم الشاة يقع عليه ولا يدفع إليه تيس ولا كبش على المنصوص ومن أصحابنا من قال يجوز الذكر والانثى ، لأن الشاة اسم للجنس يقع على الذكر والانثى كالإنسان ، يقع على الرجل والمرأة

فان قال أعطوه شاة من غنمى والغنم إناث لم يدفع إليه ذكر ، فان كانت ذكوراً لم يدفع إليه أنثى لأنه أضاف إلى المال وليس في المال غيره ، فان كانت غنمه ذكوراً وإناثاً فعلى ما ذكرنا من الخلاف فيه إذا أوصى بشاة ولم يضاف إلى المال . فان قال أعطوه ثوراً لم يعط بقرة ، فان قال أعطوه جمل لم يعط ناقة ، فان قال أعطوه بعيراً فالمنصوص أنه لا يعطى ناقة . ومن أصحابنا من قال يعطى لأن البعير كالإنسان يقع على الذكر والانثى ، فان قال أعطوه رأساً من الأبل أو رأساً من البقر أو رأساً من الغنم جاز الذكر والانثى ، لأن ذلك اسم للجنس (فصل) فان قال أعطوه دابة فالمنصوص أنه يعطى فرساً أو بغلاً أو حماراً واختلاف أصحابنا فيه فقال أبو العباس : هذا قاله على طاعة أهل مصر ، فان الدواب في عرفهم الاجناس الثلاثة ، فان كان الموصى بمصر أعطى واحداً من الثلاثة . وان كان في غيرها لم يعط إلا الفرس ، لأنه لا تطلق الدابة في سائر البلاد إلا على الفرس .

وقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة : يعطى واحداً من الثلاثة في جميع البلاد ، لأن اسم الدواب يطلق على الجميع ، فان قال : أعطوه دابة من دوابى ، وليس عنده إلا واحد من الثلاثة أعطى منه ، لأنه أضاف إلى ماله وليس له غيره فان قال أعطوه دابة ليقا تل عليه العدو لم يعط إلا فرساً . فان قال ليحمل عليه لم يعط إلا بغلاً أو حماراً ، فان قال ليقتفع بنفسه لم يعط إلا فرساً أو حماراً لأن القرينة دلت على ما ذكرناه .

(الشرح) حديث دسئل عن أفضل الرقاب ، رواه أحمد والبخارى ومسلم

من حديث أبي ذر رضى الله عنه ، وحديث ، من أعنق رقبة ، رواه ثلاثتهم أيضا عن أبي هريرة رضى الله عنه .

أما قوله : فإن قال ، أعطوه شاة من غنمى الخ ، فهو كما قال الشافعى رضى الله عنه : ولو أوصى بشاة من ماله ، كان قيل للورثة أعطوه أو اشتروها له ، صغيرة كانت أو كبيرة ، ضانا أو معزا . اهـ

قلت : ومعنى هذا أن الوصية جائزة ترك غنما أو لم يترك ، لأنه جعلها في ماله ويعطيه الورثة ما شاءوا ، ضانا أو معزا كبيرا أو صغيرا سمينا أو هزिला . وفي استحقاق الأنثى وجهان (أحدهما) وهو الظاهر ، من نص الشافعى أنه لا يعطى إلا أنثى لأن الهاء موضوعة للأنثى (والوجه الثانى) وهو قول أبي على بن أبي هريرة أن للورثة الخيار فى إعطائه ذكرا أو أنثى ، لأن الهاء من أصل الكلمة فى اسم الجنس فاستوى فيه الذكر والأنثى ، ولكن لو قال شاة من غنمى وكانت غنمه كلها إناثا لم يعطى إلا أنثى . وكذلك لو كانت كلها ذكورا لم يعط إلا ذكرا منها . وهكذا لو دل كلامه على المراد منها حمل عليه . مثل قوله شاة ينتفع بدورها ونسلها لم يعط إلا كبيرة أنثى لتكون ذات در ونسل ، وسواء كانت ضانية أو معزية . فإن قال شاة ينتفع بصوفها لم يعط إلا من الضان . ولو قال ينتفع بشعرها لم يعط إلا من المعز ، ولا يجوز إذا أوصى بشاة من ماله أن يعطى غزالا ولا ظبيا وإن انطلق عليه اسم الشاة مجازا .

ولكن لو قال شاة من شياهى ولم يكن فى ماله إلا ظبي فقيه وجهان (أحدهما) أن الوصية باطلة ، لأن اسم الشاة يتناول الغنم ، وليس بتركته فبطلت (والوجه الثانى) أنها تصح لأنه لما اضاف ذلك إلى شائه وليس فى ماله إلا ما ينطلق عليه مجاز الاسم دون الحقيقة حمل عليه ، وانصرفت وصيته إلى الظبي الموجود فى تركته حتى لا تبطل وصيته

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال : بعيرا أو ثورا لم يكن لهم أن يعطوه ناقة ولا بقرة . ولو قال : عشر أبق وعشر بقرات لم يكن لهم أن يعطوه ذكرا . ولو قال عشرة أجمال أو أثوار لم يكن لهم أن يعطوه أنثى ، ولو قال : عشرة من إبل أعطوه ما شاءوا

قلت : وبهذا نعلم أنه إذا أوصى بثور لم يعط إلا ذكرا . ولو قال بقرة لم يعط إلا أنثى . وكان بعض أصحابنا يخرج في البقرة وجها آخر أنه يجوز أن يعطى ذكرا أو أنثى كالشاة لأن الهاء من أصل اسم الجنس

ولا يجوز أن يعدل في الوصية بالثور والبقرة إلى الجواميس بخلاف الشاة التي ينطلق عليها اسم الضأن والمعز إلا أن يكون في كلامه ما يدل عليه . أو يقول بقرة من بقرى وليس له إلا الجواميس فتتصرف إلى الجواميس ، وإن كان اسم البقر يتناولها مجازا . لأن إضافة الوصية إلى التركة قد صرف الاسم عن حقيقة البقر إلى مجازة . ولا يجوز أن يعدل به إلى بقر الوحش ، فإن أضاف الوصية إلى بقره ولم يكن له إلا بقر الوحش فعلى ما ذكرنا من الوجهين

فأما إذا أوصى ببيعير فذهب الشافعي أنه لا يعطى إلا ذكرا ، لأن الاسم بالذكور أخص . وقال بعض أصحابنا هو اسم للجنس فيعطى ما شاء الوارث من ذكر أو أنثى .

فأما إذا أوصى له بحمل لم يعط إلا ذكرا لا خصاص هذا الاسم بالذكور . ولو أوصى بعشر من إبله أعطاه ما شاء الوارث من ذكور وإناث ، وسواء أثبت الهاء في العدد أو أسقطها .

ومن أصحابنا من قال : إذا أثبت الهاء في العدد فقال عشرة من إبل لم يعط إلا من الذكور لأن عددها بإثبات الهاء كما هو معروف في قواعد النحو في العدد وإن أسقط الهاء في العدد فقال : عشر من إبل لم يعط إلا من الإناث : لأن عددها بإسقاط الهاء لقوله تعالى : سبع ليال وثمانية أيام حسوما ، وقوله : سبع سموات طباقا ، وقوله : سبع بقرات سمان يا كلهم سبع عجاف ، وكما نقول عشر نسوة وعشرة رجال . وهذا لا وجه له لأن اسم الإبل إذا كان يتناول الذكور والإناث تناولا واحدا صار العدد فيها محمولا على القدر دون النوع

وأما إذا قال أعطوه مطية أو راحلة فذلك يتناول الذكور والإناث فيعطيه ما شاء الوارث منها .

فأما إذا قال أعطوه دابة فقال الشافعي رضي الله عنه : أعطى من الخيل والبغال والحمير ذكراً أو أنثى صحيحاً صغيراً أو كبيراً ، أعجف أو سميناً .
(قلت) لأن اسم الدواب يطلق على كل مادب على الأرض اشتقاقاً من ديبه غير أنه في العرف يختص ببعضها ، فإن قال : أعطوه دابة من دوابي فقد اختلف أصحابنا في قول الشافعي : أعطى من الخيل والبغال والحمير الخ ، فقال أبو العباس ابن سريج يحمل ذلك على عرف الناس بمصر حيث قال ذلك فيهم ، وذكره لهم اعتباراً بعرفهم . أما بالعراق والحجاز فلا ينطلق إلا على الخيل وحدها ولا يتناول غيرها إلا مجازاً يعرف بقريته ، فإن كان الموصى بمصر خير ورثته بين الأصناف الثلاثة ، وإن كان بالعراق لم يعطوه إلا من الخيل .

وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة : بل الجواب محمول على ظاهره في كل البلاد ، بأن اسم الدواب ينطلق على هذه الأجناس الثلاثة ، فإن شذ بعض البلاد بتخصيص بعضها بالإسم لم يعتبر به حكم العرف العام ، فلو قرن ذلك بما يدل على التخصيص حمل على قريته ، كقوله : أعطوه دابة يقاتل عايتها فلا يعطى إلا من الخيل عتيقاً أو هجيناً ذكراً أو أنثى ولا يعطى صغيراً ولا مما لا يطيق الركوب ، ولو قال : دابة يحمل عليها أعطى من البغال والحمير دون الخيل ، ولو قال ينتفع بنتاجها يعطى من الخيل والحمير ولا يعطى من البغال والله تعالى أعلم ،

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فإن وصى بكتاب ولا كلب له فالوصية باطلة ، لأنه ليس عنده كلب ولا يمكن أن يشتري ، فبطلت الوصية ، فإن قال : أعطوه كلباً من كلابي وعنده كلاب لا ينتفع بها بطالت الوصية ، لأن مالا منفعة فيه من الكلاب لا يحل اقتناؤه فإن كان ينتفع بها أعطى واحداً منها إلا أن يقرن به قريته من صيد أو حفظ زرع فيدفع إليه مادات عليه القريته ، فإن كان له ثلاثة كلاب ولا مال له فأوصى بجميعها ولم تجز الوثة ردت إلى الثلث وفي كيفية الرد وجهان .
(أحدهما) يدفع إليه من كل كلب ثلثه كسائر الأعيان (والثاني) يدفع إليه

أحدهما وتختلف سائر الأعيان لان الأعيان تقوم وتختلف أثمانها والكلاب لا تقوم
فاستوى جميعها وفيها يأخذ وجهان ،

(أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أنه يأخذ واحدا منها بالقرعة .
(والثاني) يعطيه الوارث ماشاء منها فان كان له كلب واحد فوصى به ولم تجز
الورثة ولم يكن له مال أعطى ثلثه ، فإن كان له مال ففيه وجهان (أحدهما) وهو
قول أبي علي بن أبي هريرة إنه يدفع الجميع إلى الموصى له لان أقل المال خير من
من الكلب فأمضيت الوصية فيه كما لو أوصى له بشاة وله مال تخرج الشاة من ثلثه
(والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه يدفع اليه ثلث الكلب لانه
لا يجوز ان يحصل للموصى له شيء إلا ويحصل للورثة مثله ولا يمكن اعتبار
الكلب من ثلث المال لانه لا قيمة له فاعتبر بنفسه .

(فصل) وان وصى له بطبل من طبله وليس له الا طبل الحرب اعطى
واحدا منها وان لم يكن له إلا طبل اللهو نظرت ، فان لم يصلح وهو طبل غير
اللهو ، وإن فصل لمباح لم يقع عليه اسم الطبل فالوصية باطله لانه وصية بمحرم
وإن كان يصلح لمنفعة مباحه مع بقاء الاسم جازت الوصية لانه يمكن الانتفاع به
في مباح ، وإن كان له طبل حرب وطبل للهو ولم يصلح طبل اللهو غير اللهو
اعطى طبل الحرب لأن طبل اللهو لا تصح الوصية به فيصير كالمعدوم ، وإن
كان يصلح لمنفعة مباحه اعطاه الوارث ماشاء منهما .

(فصل) فان وصى بعود من عيدانه وعنده عود اللهو وعود القوس وعود
البناء كانت الوصية بعود اللهو ، لأن اطلاق الاسم ينصرف اليه ، فان كان عود
اللهو يصلح لمنفعة مباحه دفع اليه ولا يدفع معه الوتر والمضرب لان اسم العود
يقع من غير وتر ولا مضرب ، وإن كان لا يصلح غير اللهو فالوصية باطله لانه
وصية بمحرم .

ومن المجابنا من قال : يعطى من عود القوس والبناء لأن المحرم كالمعدوم
كما قلنا فيمن وصى بطبل من طبله ، وعنده طبل حرب وطبل للهو انه يجعل
الوصية في طبل الحرب ويجعل طبل اللهو كالمعدوم . والمذهب انه لا يعطى شيئا

لأن العود لا يطلق إلا على عود اللاهو . والطبل يطلق على طبل اللاهو وطبل الحرب فإذا بطل في طبل اللاهو حمل على طبل الحرب ، فان قال أعطوه عودا من عيداني وليس عنده إلا عود القوس أو عود البناء أعطى منها لأنه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه .

(فصل) فان وصى له بقوس كانت الوصية بالقوس الذي يرمى عنه النبل والنشاب دون قوس الندف والجلاهيق وهو قوس البندق ، لأن إطلاق الاسم ينصرف إلى ما يرمى عنه ولا يعطى معه الوتر .

ومن أصحابنا من قال : يعطى معه الوتر لأنه لا ينتفع به إلا مع الوتر ، والصحيح أنه لا يعطى لأن الاسم يقع عليه من غير وتر ، فان قال : أعطوه قوسا من قسي وليس عنده إلا قوس الندف أو قوس البندق أعطى مما عنده لأنه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه ، وان كان عنده قوس البندق وقوس الندف أعطى قوس البندق لأن الاسم اليه أسبق .

(فصل) فان وصى بعق مكاتبه أو بالابراء مما عليه اعتبر من الثلث أقل الامرين من قيمته أو مال الكتابة لأن الإبراء عتق ، والعتق إبراء فاعتبر أقلهما وألغى الآخر فان احتملتهما الثلث عتق وبرىء من المال ، وان لم يحتمل شيئا منه لديون عليه بطلت الوصية وأخذ المكاتب بأداء جميع ما عليه فان أدى عتق وإن عجز رق وتعلق به حق الغرماء والورثة ، فان احتمل الثلث بعض ذلك مثل أن يحتمل النصف من أقل الامرين عتق ونصفه وبقي نصفه على الكتابة فان أدى عتق وان عجز رق ، وان احتمل الثلث أحدهما دون الآخر اعتبر الأقل فعتق به فان لم يكن له مال غير العبد نظر ، فان كان قد حل عليه مال الكتابة عتق ثلثه في الحال وبقي الباقي على الكتابة ان أدى عتق وان عجز رق ، وان لم يحل عليه مال الكتابة ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يتعجل عتق شيء منه لأنه يحصل للوصى له الثلث ولم يحصل للورثة مثله وهذا لا يجوز كما لو أوصى بالثلث وله مال حاضر ومال غائب فانه لا تمضي الوصية في شيء حتى يحصل للورثة مثله .

(والثاني) وهو ظاهر المذهب أنه يتمجّل عتق ثلثه ويقف الثلثان على العتق بالاداء أو الرق بالعجز لأن الورثة على يقين من الثلثين اما بالاداء واما بالعجز بخلاف ما لو كان له مال حاضر ومال غائب لأنه ليس على يقين من سلامة الغائب

(فصل) فإن قال : ضموا عن مكاني أكثر ما عليه وضع عنه النصف وشيء لأنه هو إلا أكثر ، فإن قال : ضموا عنه ما شاء من كتابته فشاء الجميع فقد روى الربيع رحمه الله أنه يوضع عنه الجميع إلا شيئاً ، وروى المازني أنه إذا قال ضموا عنه ما شاء فشاءها كلها وضم الجميع إلا شيئاً ، فن أصحابنا من قال الصحيح ما رواه الربيع ، لأن قوله من كتابته يقتضي التبعية وما رواه المازني خطأ في النقل والذي يقتضيه أن يوضع عنه الكل إذا شاء لأن قوله ما شاء عام في الكل والبعض ، وقال أبو اسحاق ما نقله الربيع صحيح على ما ذكرناه وما نقله المازني أيضاً صحيح فإنه يقتضي أن يبقى من الكل شيء ، لأنه لو أراد وضع الجميع لقال ضموا عنه مال الكتابه فلما علقه على ما شاء دل على أنه لم يرد الكل .

فإن قال : ضموا عنه ما قل وما أكثر وضع الوارث عنه ما شاء من قليل وكثير لأنه ما من قدر إلا وهو قليل بالإضافة إلى ما هو أكثر وكثير بالإضافة إلى ما هو أقل منه ، فإن قال : ضموا عنه أكثر نجومه وضع عنه أكثرها مالا لأن إطلاق الاكثر ينصرف إلى كثرة المال دون طول المدة .

فإن قال ضموا عنه أوسط النجوم واجتمع في نجومه أوسط في القدر وأوسط في المدة وأوسط في العدد كان للوارث أن يضع أي الثلاثة شاء لأن الوسط يقع على الثلاثة فإن استوى الجميع في المدة والقدر وضع عنه الأوسط في العدد ، فإن كانت النجوم ثلاثة وضع عنه الثاني ، فإن كانت أربعة وضع عنه الثاني والثالث ، فإن كانت خمسة وضع عنه الثالث وعلى هذا القياس .

(فصل) وإن كاتب عبده كتابة فاسدة ثم أوصى لرجل بما في ذمته لم تصح الوصية لأنه لا شيء له في ذمته فصار كما لو وصى بماله في ذمته حر ولا شيء له في ذمته ، وإن وصى له بما يقبضه منه صحت الوصية لأنه أضاف إلى حال يملكه فصار كما لو وصى له برقبه مكانب إذا عجزه وفي هذا عندى نظر لأنه لا يملكه

بالقبض وإنما يعتق بحكم الصفة كما يعتق بقبض الحر إذا كاتبه عليه ثم لا يملكه ،
وان وصى برقبته والكتابة فاسدة نظرت فإن لم يعلم بفساد الكتابة ففيه قولان ،
(أحدهما) أن الوصية جائزة لأنها صادفت مملكته .

(والثاني) أنها باطلة لأنه وصى وهو يعتقد أنه يملك الوصية وان وصى بها
وهو يعلم أن الكتابة فاسدة صحت الوصية قولاً واحداً كما لو باع من رجل شيئاً
بيعاً فاسداً ثم باعه من غيره وهو يعلم فساد البيع الأول ، ومن أصحابنا من قال :
القولان في الجميع ويخالف البيع فإن فاسده لا يجري مجرى الصحيح في الملك وفي
الكتابة الفاسدة كالصحيح في العتق والصحيح هو الطريقه الأولى .

(فصل) وان وصى بحج فرض من رأس المال حج عنه من الميقات لأن
الحج من الميقات . وما قبله تسبب اليه فان وصى به من الثلث ، ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق أنه يحج عنه من بلده ؛ فان عجز الثلث عنه
تم من رأس المال لأنه يجب عليه الحج من بلده .

(والثاني) وهو قول أكثر أصحابنا أنه من الميقات لأن الحج يجب بالشرع
من الميقات فحملت الوصية عليه ، وان أوصى أن يجعل جميع الثلث في حج
الفرض حج عنه من بلده ، وان عجز الثلث عن ذلك حج عنه من حيث أمكن
من طريقه ، وان عجز عن الحج من الميقات تم من رأس المال ما يحج به من
الميقات لأن الحج من الميقات مستحق من رأس المال وإنما جعله من الثلث توفيراً
على الورثة فاذا لم ينف الثلث بالجميع بقي فيما لم ينف من رأس المال .

(فصل) وان أوصى بحج التطوع ، وقلنا انه تدخله النيابة نظرت ، فان
قال أحجوا بمائه من ثلثي حج عنه من حيث أمكن ، وان لم يوجد من يحج بهذا
القدر بطلت الوصية وعاد المال إلى الورثة لأنها تعذرت فبطلت كما لو أوصى لرجل
بمال فردة ، وان قال : أحجوا عني بثلثي صرف الثلث فيما أمكن من عدد الحجج
فان اتسع المال لحجته أو حجتين وفضل ما لا يكفي لحجته أخرى من بلده حج من
حيث أمكن من دون بلده إلى الميقات ، فان عجز الفضل عن حجته من الميقات
رد الفضل إلى الورثة ، وان أمكن أن يعتمر به لم يفعل لأن الموصى له هو الحج

دون العمرة ، فإن قال أحجوا عن حج عنه بأجرة المثل من حيث أمكن من بلاد
إلى الميقات ، فإن عجز الثلث عن حجة من الميقات طلعت الوصية لما ذكرناه .

(فصل -)

وإن وصى أن يحج عنه رجل بمائة ويدفع ما يبقى من الثلث إلى
آخر وأوصى بالثلث لثالث فقد وصى بثلثي ماله ، فإن كان الثلث مائة سقطت
وصيته للموصى له بالباقي لأن وصيته فيها يبقى بعد المائة ولم يبق شيء ، فإن أجاز
الورثة دفع إلى الموصى له بالثلث ثلثه وهو مائة وإلى الموصى له بالمائة مائة
وإن لم يجزوا قسم الثلث بين الموصى له بالثلث وبين الموصى له بالمائة نصفين
لأنهما اتفقا في قدر ما يستحقان وهو المائة ، فإن كان الثلث أكثر من مائة وأجاز
الورثة دفع الثلث إلى الموصى له بالثلث ودفع مائة إلى الموصى له بالمائة ودفع
ما بقي إلى الموصى له بالباقي ، وإن لم يجزوا ما زاد على الثلث ردت الوصية إلى
نصفها وهو الثلث ، فيدفع إلى الموصى له بالثلث نصف الثلث ، وفي النصف
الآخر وجهان :

(أحدهما) يقدم فيه الموصى له بالمائة ولا يدفع إلى الموصى له بالباقي شيء
حتى يأخذ الموصى له بالمائة حقه لأنه وإن كان قد اعتد به مع الموصى له بالمائة
في إحراز الثلث إلا أن حقه فيها يبقى بعد المائة فلا يأخذ شيئاً قبل أن يستوفي
الموصى له بالمائة حقه كما اعتد بالآخر من الأب مع الآخر من الأب والام على الجد
في إحراز ثلثي المال ثم لا يأخذ شيئاً مع الآخر من الأب والام ، فإن كان النصف
مائة أو أقل أخذ الموصى له بالمائة ، وإن كان أكثر أخذ الموصى له بالمائة مائة
وأخذ الموصى له بالباقي ما يبقى .

(والوجه الثاني) أن الموصى له بالمائة والموصى له بالباقي يقسمان النصف
على قدر وصيتهما من الثلث ، فإن كان الثلث مائتين اقتسما المائة نصفين لكل
واحد منهما خمسون ، وإن كان مائة وخمسين اقتسما الخمسة والسبعين أثلاثاً ،
للموصى له بالمائة خمسون ، وللموصى له بالباقي خمسة وعشرون ، وعلى هذا
القياس ، لأنه إنما أوصى له بالمائة من كل الثلث لا من بعضه فلم يجز أن يأخذ

من نصف الثلث ما كان يأخذ من جميعه ، كاصحاب المواريث إذا زاحمهم من له فرض أو وصية .

(فصل) وإن بدأ فوصى بثلث ماله لرجل ثم وصى لمن يحج عنه بمائة ووصى لآخر بما يبقى من الثلث ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أن الوصية بالباقي بعد المائة باطلة لأن الوصية بالثلث تمنع من أن يبقى شيء من الثلث فعلى هذا إن أجاز الورثة نفذت الوصيتان ، وإن لم يجيزوا ردت الوصية إلى الثلث ، فإن كان الثلث مائة استوت وصيتهما فيقتسمان الثلث بينهما نصفين ، وإن كان الثلث خمسمائة قسم الثلث بينهما على ستة أسهم للموصى له بالثلث خمسة أسهم وللوصى له بالمائة سهم ، فإن كان الثلث ألفاً قسم على أحد عشر سهماً للموصى له بالثلث عشرة أسهم وللوصى له بالمائة سهم .

والوجه الثاني : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إن الحكم في هذه المسألة كالحكم في المسألة قبلها لأنه إذا أوصى بالمائة بعد الثلث علم أنه لم يرد ذلك الثلث لأن الوصية الأولى قد استوعبته وإنما أراد ثلثاً ثانياً ؛ فإذا أوصى بعد المائة بما يبقى من الثلث دل على أنه أراد ما يبقى من الثلث الثاني ، فصار موصياً بثلثي ماله كالمسألة قبلها .

(فصل) وإن وصى لرجل بعبد ولاخر بما بقي من الثلث قوم العبد مع التركة بعد موت الموصى ، فإن خرج من الثلث دفع إلى الموصى له فإن بقي من الثلث شيء دفع إلى الآخر وإن لم يبق شيء بطلت الوصية بالباقي لأن وصيته فيما بقي ، وإن أصاب العبد عيب بعد موت الموصى قوم ساليها ودفع إلى الموصى له الباقي لأنه وصى له بالباقي من قيمته وهو سليم . وإن مات العبد بعد موت الموصى بطلت الوصية فيه وقوم وقت الموت مع التركة ودفع إلى الموصى له الباقي من الثلث لأنهما وصيتان فلا تبطل إحداهما ببطلان الأخرى ؛ كما لو وصى لرجلين فرد أحدهما .

(فصل) فإن وصى له بمنفعة عبد ملك الموصى له منافعه واكتسابه ، فإن كان

جارية ملك مهرها لأنه بدل منفعتها ، ولا يجوز للمالك وطؤها لأنه تملك الرقبة من غير منفعة ولا الموصى له وطؤها لأنه تملك المنفعة من غير الرقبة والوطء لا يجوز إلا في ملك تام ويجوز تزويجها لا كتساب المهر

وفيمن يملك العقد ثلاثة أوجه (أحدها) يملك الموصى له بالمنفعة لأن المهر له (والثاني) يملك المالك لأنه يملك رقبته (والثالث) لا يصح العقد إلا باتفاقهما لأن لكل واحد منهما حقاً فلا ينفرد به أحدهما دون الآخر ، فإن أتت بولد مملوك ففيه وجهان (أحدهما) أنه للموصى له لأنه من جملة فوائدها فصار كالكسب (والثاني) أنه كالام رقبته للمالك ومنفعته للموصى له لأنه جزء من الأم فكان حكمه حكم الأم ، فإن قتل في قيمته وجهان (أحدهما) أنها للمالك لأنها بدله فكانت له (والثاني) وهو الصحيح أنه يشتري به مثله للمالك رقبته وللموصى له منفعته لأنه قائم مقام الأصل فكان حكمه حكم الأصل ، فإن جنى على طرفه في أرشه وجهان (أحدهما) أنه للمالك لأنه بدل ملكه (والثاني) وهو الصحيح أن ما قابل منه ما نقص من قيمة الرقبة للمالك وما قابل منه ما نقص من المنفعة للموصى له لأنه دخل النقص عليها فحسب الارش عليها ، فإن احتاج العبد إلى نفقة ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أن النفقة على الموصى له بالمنفعة لأن الكسب له .

(والثاني) أنها على المالك ، وهو قول أبي بن هريرة لأن النفقة على الرقبة فكانت على مالهما

(والثالث) أنها في كسبه فإن لم يف الكسب ففي بيت المال لأنه لا يمكن إيجابها على المالك لأنه لا يملك الانتفاع ولا على الموصى له لأنه لا يملك الرقبة فلم يبق إلا ما قلناه ، فإن احتاج البستان الموصى بشرته إلى سقي أو الدار الموصى بمنفعتها إلى عمارة لم يجب على واحد منهما ، لأنه لو انفرد كل واحد منهما بملك الجميع لم يجبر على الاتفاق فإذا اشتركا لم يجب

(فصل) فإن أراد المالك بيع الرقبة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجوز لأنه يملكها ملكاً تاماً (والثاني) أنه لا يجوز لأنها عين مطلوبة المنفعة فلم يجر

بيعهما كالأعيان التي لا منفعة فيها (والثالث) يجوز بيعهما من الموصى له لأنه يمكنه الانتفاع بهما ولا يجوز من غيره لأنه لا يمكنه الانتفاع بهما فإن أراد أن يعتقه جاز لأنه يملكه ملكاً تاماً وللموصى له أن يستوفي المنفعة بعد العتق لأنه تصرف في الرقبة فلم يبطل به حق الموصى له من المنفعة ولا يرجع العبد على المالك بأجرته كما يرجع العبد المستأجر على مولاه بعد العتق في أحد القولين لأن هناك ملك المولى بدل منفعته ولم يملك المولى ههنا بدل المنفعة

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال أعطوه كلباً من كلابي أعطاه الوارث أيها شاء وهذا كما قال ، فإن الوصية بالكلب المنتفع به جائزة ؛ لأنه لما جاز إفراره في يد صاحبه ، وحرم انتزاعه من يد صاحبه جاز أن يكون وصيه وميراثاً فإذا أوصى له بكلب ولا كلاب له فالوصية باطلة ، لأنه لا يصح أن يشتري ولا يلزم أن يستوهب ، وإن كان له كلاب فضربان : منتفع به وغير منتفع ، فإن كانت كلابه كلها غير منتفع بها فالوصية باطلة لحظر اقتنائه وتحريم إمساكه ، وإن كانت كلها منتفعاً بها فكان له كلب حرث وكلب ماشية وكلب صيد نظرت ، فإن كان الموصى له صاحب حرث وماشية وصيد فالوارث بالخيار في إعطائه أي كلب شاء من حرث أو ماشية أو صيد .

وإن كان الموصى له ليس بصاحب حرث ولا ماشية ولا صيد ففي الوصية وجهان ، أحدهما الوصية باطلة اعتباراً بالموصى له وأنه غير منتفع به ، وإن كان الموصى له ممن ينتفع بأخذها بأن كان صاحب حرث لا غير أو صاحب صيد لا غير فالوصية جائزة ؛ وفيها وجهان . أحدهما : يلزم الوارث أن يعطيه الكلب الذي يختص بالانتفاع به دون غيره اعتباراً بالموصى له . والثاني أن للوارث الخيار في إعطائه أي الكلاب شاء اعتباراً بالموصى به .

فأما الوصية بالجرو الصغير المعد للتعليم ففي جوازها وجهان من اختلاف الوجهين في اقتنائه . أحدهما : أن اقتنائه غير جائز والوصية به باطلة لأنه غير منتفع به في الحال . والثاني أن اقتنائه جائز والوصية به جائزة لأنه سينتفع به في ثاني حال ، ولأن تعليمه منفعة في الحال .

ولو كان لرجل ثلاثة كلاب ولم يترك شيئا سواها فأوصى بجميعها لرجل ، فإن أجازها الورثة له وإلا ردت الوصية الى الثلث ، ثم في كيفية رجوعها الى الثلث وجهان . أحدهما : أن تستحق من كل كلب ثلثه فيحصل له ثلث الثلاثة ، ولا يستحق واحدا بكمالها إلا عن مرضاته ، والوجه الثاني : أنه قد استحق بالوصية أحدها بخلاف الاموال ، لان الاموال مقومة بتخلف أثمانها ، وليس كالكلاب التي لا تقوّم ، فانستوى فيه حكم جميعها ، فعلى هذا فيه وجهان ، أحدهما : وهو قول أبي إسحاق المروزي - أنه يأخذ أحدها بالقرعة . الثاني أن للورثة أن يعطوه أيها شاءوا .

فأما إن كان له كلب واحد ولا مال له غيره فأوصى به لرجل فهو كمن أوصى بجميع ماله ، فإن أجازها الورثة وإلا كان للموصى له ثلثه وللورثة ثلثاه ، ويكون بينهما على المماباة . وإن ملك مالا فأوصى بهذا الكلب الذي ليس له كلب سواه ففي الوصية وجهان . أحدهما - وهو قول أبي علي بن أبي هريرة - أن الوصية جائزة في الكلب كله للموصى له به ، لأن قليل المال خير من الكلب الذي ليس بمال . والوجه الثاني - وهو قول أبي سعيد الاصطخري - أن للموصى له ثلث الكلب إذا منع الورثة من جميعه . وإن كثر مال التركة لا أنه لا يمكن أن يشتري فيساويه الورثة فيما صار اليهم من المال ، فانحصر الكلب بحكمه وصار كأنه جميع التركة ، فلو ترك ثلاثة كلاب ومالا وأوصى بجميع كلابه الثلاثة ، فعلى قول أبي علي بن أبي هريرة : الوصية بجميع الكلاب الثلاثة مضاة وإن قل مال التركة وعلى قول أبي سعيد الاصطخري تصح الوصية في أحدها إذا منع الورثة من جميعها (فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال أعطوه طبلا من طبولي - وله طبلان للحرب واللاهو - أعطاه أيها شاء ، فإن لم يصلح الذي للوهو الا للطرب لم يكن لهم أن يعطوا إلا الذي للحرب

وأصل هذه المسائل أن الوصية بما لا منفعة فيه باطلة والوصية بما فيه منفعة مباحة ومنفعة محظورة ومنفعة مشتركة بين الحظر والاباحه ، فإن كانت المنفعة مباحة جاز بيع ذلك والوصية به ، وإن كانت المنفعة محظورة لم يجز بيعه ولا الوصية به وإن كانت مشتركة جاز بيعه والوصية به لأجل الاباحه ونهي عن استعماله في الحظر

فإذا ثبت هذا : وأوصى له بطبل من طبلوله ، فإن لم يكن له إلا طبول الحرب فالوصية به جائزة ، لأن طبل الحرب مباح ، ثم ينظر : فإن كان اسم الطبل يطلق عليه بغير جلد دفع اليه الطبل بغير جلد ، وإن كان لا يطلق عليه الاسم إلا بالجلد دفع اليه مع جلده ، وإن كانت طبلوله كلها طبول اللهو — فإن كانت لا تصلح إلا للهو — فالوصية باطله لأن طبول اللهو محظورة ، وإن كانت تصلح لغير اللهو في غير المنافع المباحة جازت الوصية بها .

وإن كانت طبلوله نوعين طبول حرب وطبول لهو — فإن كانت طبول اللهو لا تصلح لغير اللهو — لم يعط إلا طبل الحرب ، وإن كانت طبول اللهو تصلح لغيره من المباحات كان الوارث بالخيار في إعطائه ما شاء من طبل لهو أو حرب لا انطلاق الاسم عليهما ، إلا أن يدل كلامه على أحدهما فيحمل عليه ، كقوله : أعطوه طبلًا للجهاد أو الإرهاب فلا يعطى إلا طبل الحرب ، وإن قال : طبلًا للفرح والسرور لم يعط إلا طبل اللهو .

فأما الوصية بالدف العربي لجائزة لورود الشرع باباحة الضرب به في المناكح (مسئله) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال : عوداً من عيداني ، وله عيدان يعزف بها وعيدان قسى وعصى وغيرها ، فالعود إذا وجه به المتكلم للعود الذي يضرب به دون ما سواه مما يقع عليه اسم عود : فإن كان العود يصلح لغير الضرب جازت الوصية ولم يكن عليه إلا أقل ما يقع عليه اسم عود وأصغره بلا وتر ، وإن كان لا يصلح لغير الضرب بطلت الوصية .

ومعنى كلام الشافعي أنه إذا قال : أعطوه عوداً من عيداني فطابق هذا الاسم يتناول عيدان الضرب والعزف واللهو دون عيدان القسى والعصى ، فإن كان عود الضرب لا يصلح لغير الضرب واللهو فالوصية باطله ، وإن كان يصلح لغير اللهو فالوصية جائزة ، ويعطاه بغير وتر لانطلاق الاسم عليه ، وإن لم يكن عليه وتر ينظر فإن كان لا يصلح لغير اللهو إلا بعد تفصيله وتخليعه فصل وخلع ثم دفع اليه ، وإن كان يصلح لغير اللهو لم يفصل ودفع اليه غير مفصل .

(مسئله) قال الشافعي رضي الله عنه ، وكذلك المزمع ، يعني أنه إن كان

لا يصلح الا لله فالوصية باطلة ، وان كان يصلح لغير الله فالوصية به جائزة ،
ثم الكلام في التفصيل على ما مضى . فأما الشبابه التي ينفخ فيها مع طبل الحرب
وفي الاسفار ، فالوصية بها جائزة .

وقال الشافعي رضي الله عنه : ولو قال : أعطوه قوساً من قسي وله قسي
معمولة ، وقسي غير معمولة أو لبس منها شيء فقال : أعطوه عوداً من القسي
كان عليهم أن يعطوه قوساً معمولة أي قوس شاءوا - صغيرة أو كبيرة . عربية
أو أي عمل شاءوا - إذا وقع عليه اسم قوس ترمى بالنبل أو النشاب أو الحسيبان
ومعنى هذا الكلام أنه إذا أوصى بقوس من القسي فطلق القوس يتناول قوس
السهام والحربة دون قوس النداف والجلاهيق الذي هي منها البندق ، فلا يعطى
الا قوس السهام الحربية سواء أعطاه قوس نشاب وهي الفارسية ، أو قوس نبل
وهي العربية أو قوس حسيبان ، والخيار فيها الى الوارث لاشتراك الاسم في
جميعها ، ولا يلزم أن يدفع الوتر معه ، لأنه يسمى قوساً بغير وتر ، وهكذا لو
أوصى له بدابة لم يعط سرجها .

فأما ان قال : أعطوه قوساً من قسي وله قوس نداف وقوس جلاهيق أعطى
قوس الجلاهيق التي يرمى عنها لأنهم أخص بالاسم ، فان لم يكن له الا قوس
نداف دفع اليه ، ولو اقترن بكلامه ما يدل على مراده عمل على ما دل عليه كلامه
من القسي الثلاث . أما بقية الفصول فقد مضى الكلام على بعضها ، ومنها ما هو
على وجهه من كلام المصنف ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الرجوع في الوصية

يجوز الرجوع في الوصية لأنها عطية لم تزل الملك فجاز الرجوع فيها كالمهبة قبل القبض ، ويجوز الرجوع بالقول والتصرف لأنه فسخ عقداً قبل تمامه فجاز بالقول والتصرف كفسخ البيع في مدة الخيار : وفسخ الهبة قبل القبض ، وإن قال هو حرام عليه فهو رجوع لأنه لا يجوز أن يكون وصية له وهو محرم عليه ، فإن قال : لو ارثي فهو رجوع لأنه لا يجوز أن يكون للوارث وللوصي له ، وإن قال هو تركتي ففيه وجهان . أحدهما : أنه رجوع لأن التركة للورثة ، والثاني : أنه ليس برجوع لأن الوصية من جملة التركة .

(فصل) وإن وصى لرجل بعبد ثم وصى به لآخر لم يكن ذلك رجوعاً لا مكان أن يكون نسي الأول أو قصد الجمع بينهما ، فإن قال ما وصيت به لفلان فقد وصيت به لآخر فهو رجوع ، ومن أصحابنا من قال : ليس برجوع كالمسألة قبلها والمذهب الأول لأنه صرح بالرجوع .

(فصل) وإن باعه أو رهبه وأقبض أو اعتقه أو كاتبه أو أوصى أن يباع أو يوهب ويقبض أو يعتق أو يكتب فهو رجوع ، لأنه صرفه عن الموصى له ، وإن عرضه للبيع أو رهنه في دين أو رهبه ولم يقبضه فهو رجوع ، لأن تعريضه لزوال الملك صرف عن الموصى له .

ومن أصحابنا من قال : إنه ليس برجوع لأنه لم يزل الملك ، وليس بشيء ، وإن وصى بثلك ماله ثم باع ماله لم يكن ذلك رجوعاً لأن الوصية بثلك المال عند الموت لا بثلك ما باعه ، فإن وصى بعبد ثم دبره — فإن قلنا : إن التدبير عتق بصفة — كان ذلك رجوعاً ، لأنه عرضه لزوال الملك ، وإن قلنا : إنه وصية — وقلنا في أحد القولين : إن العتق يقدم على سائر الرصايا — كان ذلك رجوعاً لأنه أقوى من الوصية فأبطلها ، وإن قلنا : إن العتق كسائر الرصايا ففيه وجهان

(أحدهما) أنه ليس رجوع ، فيكون نصفه مدبراً ونصفه موصى به ، كما لو أوصى به لرجل ثم وصى به لآخر (والثاني) أنه رجوع ، لأن التدبير أقوى ، لأنه يتنجز من غير قبول ، والوصية لا تتم إلا بالقبول ، فقدم التدبير كما يقدم ما تنجز في حياته من التبرعات على الوصية .

(فصل) وان وصى له بعبد ثم زوجه أو أجره أو عليه صنعة أو ختنه لم يكن ذلك رجوعاً ، لأن هذه التصرفات لا تنافي الوصية : فإن كانت جارية فوطئها لم يكن ذلك رجوعاً لأنه استيفاء منفعة فلم يكن رجوعاً كالاستخدام . وقال أبو بكر بن الحداد المصري : ان عزل عنها لم يكن رجوعاً ، وان لم يعزل عنها كان رجوعاً لأنه قصد الترسى بها .

(فصل) وان وصى بطعام معين خلطه بغيره كان ذلك رجوعاً لأنه جعله على صفة لا يمكن تسليمه ، فإن وصى بقميص من صبرة ثم خلط الصبرة بمثلها لم يكن ذلك رجوعاً ، لأن الوصية مختلطة بمثلها ، والذي خلطه به مثله ، فلم يكن رجوعاً ، فإن خلطه بأجود منه كان رجوعاً ، لأنه أحدث فيه بالخلط زيادة لم يرض بتمليكها ، فإن خلطه بما دونه ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة : أنه ليس برجوع ، لأنه نقص أحدثه فيه فلم يكن رجوعاً كما لو أضاف بعضه .

(والثاني) أنه رجوع لأنه يتغير بما دونه كما يتغير بما هو أجود منه ، فإن نقله إلى بلد أبعد من بلد الموصى له ففيه وجهان (أحدهما) أنه رجوع لأنه لو لم يرد الرجوع لما أبعد عنه (والثاني) أنه ليس برجوع لأنه باق على صفته .

(فصل) فان وصى بمحنة فقلاها أو بذرها كان ذلك رجوعاً ، لأنه جعله كالاستهلاك ، وان وصى بمحنة فطحنها أو بدقيق فمجنه ، أو بعجين فخبزه ، كان ذلك رجوعاً ، لأنه أزال عنه الاسم ، ولأنه جعله للاستهلاك ، وان وصى له بخبز فجعله فتيثاً ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه رجوع لأنه أزال عنه اطلاق اسم الخبز ، فأشبهه إذا ثرده . (والثاني) ليس برجوع ، لأن الاسم باق عليه ، لأنه يقال خبز مدقوق ،

وان وصى برطب فجعله تمراً ففيه وجهان . أحدهما : أنه رجوع لأنه أزال عنه اسم الرطب . والثاني : ليس برجوع لأنه أبقى له وأحفظ على الموصى له .

(الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه : وللرجل إذا وصى بوصية تطوع بها أن ينقضها كلها أو يبدل منها ما شاء التدبير أو غيره ما لم يمت ، وإن كان في وصيته إقرار بدين أو غيره أو اعتق بقات فذلك شيء واجب عليه أوجبه على نفسه في حياته لا بعد موته ، فليس له أن يرجع من ذلك في شيء .

ثم قال في باب ما يكون رجوعاً في الوصية وتغييراً لها وما لا يكون رجوعاً ولا تغييراً : وإذا وصى رجل بعبد بعينه لرجل ثم أوصى بذلك العبد بعينه لرجل فالعبد بينهما نصفان ، ولو قال : العبد الذي أوصيت به لفلان لفلان : أو قد أوصيت بالذي أوصيت به لفلان لفلان كان هذا ردّاً للوصية الأولى ، وكانت وصيته للآخر منهما ، ولو أوصى لرجل بعبد ثم أوصى أن يباع ذلك العبد كان هذا دليلاً على إبطال وصيته به للأول ، ولو أوصى لرجل بعبد ثم باعه أو كاتبه أو دبره أو وهبه كان هذا كله إطلالاً للوصية فيه .

ثم قال : ولو أوصى به لرجل ثم أذن له في التجارة أو بعثه تاجراً إلى بلد أو أجره أو علمه كتاباً أو قرآناً أو علماً أو صناعة أو كساً أو وهب له مالا أو زوجة لم يكن شيء من هذا رجوعاً في الوصية ، ولو كان الموصى به طعاماً فباعه أو وهبه أو أكله أو كان حنطة فطحنها أو دقيقاً فعجنه أو خبز به ، أو حنطة فجعلها سويقاً كان هذا كله كنقض الوصية ، ولو أوصى له بما في هذا البيت من الحنطة ثم خلطها بحنطة غيرها كان هذا إطلالاً للوصية ، ولو أوصى له بما في البيت بمكة حنطة ثم خلطها بحنطة مثلاً لم يكن هذا إطلالاً للوصية وكانت له المكة التي أوصى بها له . اهـ

قلت : ما أورد الشافعي في هذا الكلام صور لما يمكن أن يكون رجوعاً بالصرف وإطلالاً ، أو تصرفاً لا يعد رجوعاً ولا يؤثر في صحتها ، وبيان هذا أنه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى بثلاثة له ثم وصى لآخر بثلاثة أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما ، ولا يكون ذلك رجوعاً

في الوصية الاولى : وبهذا قال ربيعة ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأحمد
ابن حنبل وابن المنذر وأصحاب الرأي . وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء
وطاوس وداود بن علي وصيته الآخر منهما ، لأنه وصى للثاني بما وصى به الأول
فكان رجوعا ، كما لو قال : ما وصيت به لبشر فهو لبكر ، ولأن الثانية تنافي
الأولى ، فإذا أتى بها كان رجوعا ، كما لو قال : هذا لورثتي

ولما أنه وصى لهما فاستويا فيها ، كما لو قال لهما : وصيت لكما بسيارتي ، وما
قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته . وفي مسائلنا يحتمل أنه قصد التشريك
فلم تبطل وصية أحدهما بالشك .

وإن قال : ما أوصيت به لبشر فهو لبكر كان ذلك رجوعا في الوصية لبشر .
وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وهو أيضا ذهب الحسن وعطاء
وطاوس ولا نعلم فيه مخالفاً ، لأنه صرح بالرجوع عن الأول بذكره أن ما أوصى
به مردود إلى الثاني ، فأشبه ما لو قال رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بها لبكر
بمخلاف ما إذا أوصى بشيء واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر ، فإنه يحتمل أنه قصد
التشريك بينهما ، وقد ثبتت وصية الأول يقينا فلا تزول بالشك

وإن قال ما أوصيت به لفلان فنصفه لفلان أو ثلثه كان رجوعا في القدر الذي
وصى به للثاني خاصة وباقيه للأول .

وأجمع أهل العلم على أن للوصي أن يرجع في جميع ما أوصى به وفي بعضه
إلا الوصية بالاعتاق ، وبعضهم على جواز الرجوع في الوصية به أيضا . وروى
عن عمر رضي الله عنه أنه قال : يغير الرجل ما شاء من وصيته ، وبه قول عطاء
وجابر بن زيد والزهرى وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور .
وقال الشعبي وابن سيرين وشبرمة والنخعي : يغير منها ما شاء إلا العتق ، لأنه
اعتاق بعد الموت فلم يملك تغيير تغييره كالندير .

ولنا أنها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق ، ولأنها عطية تنجز بالموت
فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها ، كهبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه ، وفارق
الندير فإنه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة الحياة

ويحصل الرجوع بقوله : رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتي أو في ميراثي ، وإن أكله أو أطعمه أو أتلفه أو وهبه أو تصدق به أو باعه ، أو كان ثوباً غير مفصل ففصله وأبسه ، أو جارية فأحبها أو ما أشبه ذلك فهو رجوع ولا يعد من الرجوع جماع الجارية بخلاف ما لو أحبها .

قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشيء فأتلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبها أو أولدها أنه يكون رجوعاً . وحكى عن أصحاب الرأي أن بيعه ليس برجوع لأنه أخذ بدله بخلاف الهبة ، ولأنه أزال ملكه عنه فكان رجوعاً كما لو وهبه . وإن عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى بإعتاقه أو دبره كان رجوعاً ، لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع وإيجابه للهبة ووصيته ببيعه أو إعتاقه لكونه وصى بما ينافي الوصية الأولى ، والكتابة بيع والتدبير أقوى من الوصية لأنه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له وإن رهنه كان رجوعاً لأنه علق به حقاً يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع ، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع ، وهو وجه لأصحاب أحمد لأنه لا يزيل الملك فأشبهه إجارته ، وكذلك الحكم في الكتابة .

(فرع) وإن وصى بحب ثم طحنه أو بدق ففجئته أو بعجين فخره أو بخبز ففتته كان رجوعاً ، لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال ، فدل على رجوعه ، وبهذا قال أحمد وأصحابه . أما تفتيته ودقه فقد قال أصحاب أحمد : يعد رجوعاً ولا صحابته فيه وجهان حكاهما المصنف .

وإن وصى بشيء معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعاً لأنه يتعذر بذلك تسليمه . وإن وصى بقفيز قمح من صبرة ثم خلطها بغيرها نظرت فإن كان بخير منها كان ذلك رجوعاً لأنه أحدث فيه زيادة ليست من الوصية . أما إذا خلطه بما دونه ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن ذلك ليس رجوعاً قياساً على ما إذا تلف بعضه نهار الباقي على وصيته .

(والثاني) انه رجوع ، وقد ذهب احد واصحابه الى ان الخلط بما هو خير منه أو بما دونه أو بمثله لا يعد رجوعاً لأنه كان مشاعاً وفي مشاعاً وعندهم وجه ضعيف فيها خلط بخير منه انه يكون رجوعاً ، لأنه لا يمكنه تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه ، ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما اذا خلطه بمثله أو دونه ، والله تعالى اعلم بالصواب
قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن وصى بقطن فغزله أو بغزل ففسجه كان ذلك رجوعاً ، لأنه أزال عنه الاسم ، وإن أوصى له بقطن فغشى به فراشا ففيه وجهان (أحدهما) انه رجوع لأنه جعله للاستهلاك (والثاني) ليس برجوع لأن الاسم باق عليه .

(فصل) وإن أوصى له بثوب فقطعه أو بشاة فذبحها ، كان رجوعاً لأنه أزال عنه الاسم ، ولأنه جعله للاستهلاك ، وإن وصى له بلحم فطبخه أو شواه كان ذلك رجوعاً ، لأنه جعله للأكل ، وإن قدده ففيه وجهان كما قلنا في الرطب إذا جعله تمرأ .

(فصل) وإن وصى له بثوب فقطعه قميصاً أو بساج فجعله باباً ففيه وجهان (أحدهما) انه رجوع ، لأنه أزال عنه اطلاق اسم الثوب والساج .
ولأنه جعله للاستعمال .

(والثاني) انه ليس برجوع ، لأن اسم الثوب والساج باق عليه
(فصل) وإن وصى بدار فهدمها كان رجوعاً لأنه تصرف أزال به الاسم فكان رجوعاً ، كما لو وصى بمخضة فطحنها ، وإن تهدمت نظرت فإن لم يزل عنها اسم الدار فالوصية باقية فيما بقي . وأما ما انفصل عنها فالمنصوص انه خارج من الوصية لأنه انفصل عن الموصى به في حياة الموصى . وحكى القاضي أبو الفهم ابن كعب رحمه الله وجهاً آخر : انه للموصى له لأنه تناولته الوصية فلم يخرج منها بالانفصال ، وإن زال عنها اسم الدار ففي الباقي من العرصه وجهان (أحدهما) انه تبطل فيه الوصية لأنه أزال عنها اسم الدار (والثاني) لا تبطل لأنه لم يوجد من جهته ما يدل على الرجوع .

(فصل) وان وصى له بأرض فزرعها لم يكن ذلك رجوعاً ؛ لأنه لا يراد للبقاء ، وقد يحصل قبل الموت فلم يكن رجوعاً ، وإن غرسها أو بنى فيها ففيه وجهان (أحدهما) أنه رجوع لأنه جعلها لمنفعة مؤبدة ، فدل على الرجوع ، (والثاني) ليس برجوع لأنه استيفاء منفعة فهو كالزراعة ، فعلى هذا في موضع الأساس وقرار الغراس وجهان .

(أحدهما) أنه لا تبطل فيه الوصية كالبياض الذي بينهما فإذا مات الغراس أو زال البناء عاد إلى الموصى له .
(والثاني) أنه تبطل الوصية فيه لأنه جعله تابعاً لما عليه .

(فصل) وإن أوصى له بسكنى دار سنة فأجرها دون السنة لم يكن ذلك رجوعاً ، لأنه قد تنقضى الاجارة قبل الموت ، فان مات قبل انقضاء الاجارة ففيه وجهان (أحدهما) يسكن مدة الوصية بعد انقضاء الاجارة (والثاني) أنه تبطل الوصية بقدر ما بقي من مدة الاجارة وتبقى في مدة الباقي .

(الشرح) إذا وصى بكنان أو قطن فغزله أو وصى بغزل ففسجه أو بثوب فقطعه أو بسبيكه فصاغها أو شاء فذبحها كان ذلك رجوعاً ، وبهذا قال أصحاب الراي والشافعي في ظاهر المذهب وهو الراجح من أحد ، واختار أبو الخطاب من الحنابلة أنه ليس برجوع ، وهو قول أبي ثور لأنه لا يزيل الاسم .
دليلنا : أنه عرضة للاستعمال فصار رجوعاً كالمسائل قبله ، ولا يصح قوله أنه لا يزيل الاسم ، فان الثوب لا يسمى غزلاً ، والغزل لا يسمى كتاناً .

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : ولو أوصى له بدار وقبل كانت له وما ثبت فيها من أبوابها وغيرها دون ما فيها . قلت لان الوصية اذا كانت بالدار دخل فيها كل ما كان من الدار ولها ولم يدخل في الوصية كل ما كان في الدار اذا لم يكن منها ، فالداخل في الوصية حيطانها وسقفها وأبوابها المنصوبة عليها ، وما كان متصلاً بها من زخرفها ودرجها ، ولم يدخل فيها ما انفصل عنها من أبوابها ورفوفها وسلاليمها المنفصلة عنها .

وجملة ذلك ان كل ما جعلناه داخلاً في البيع معها دخل في الوصية بها ، وكل

مالم نجعله داخلاً في البيع لم يدخل في الوصية ، فلو كان الموصى به أرضاً دخل في الوصية نخلاً وشجرها ، ولم يدخل فيه زرعها ، ولو كان نخلاً عند الوصية مثمرأ لم يدخل ثمرها في الوصية إن كان مؤبرأ ، وفي دخوله فيها إن كان غير مؤبرأ وجهان (أحدهما) يدخل كالبيع (والثاني) لا يدخل لخروجه عن الاسم ، وإن كان متصلاً ، وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف قوليه في دخوله في الرهن .

إذا ثبت هذا فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولو انهدمت في حياة الموصى كانت له إلا ما انهدم منها فصار غير ثابت فيها ، وصورتها في رجل أوصى لرجل بدار فانهدمت - فلا يخلو انهدامها من ثلاثة أحوال .

(أحدها) أن تنهدم في حياة الموصى .

(والثاني) بعد موته وبعد قبول الموصى له .

(والثالث) بعد موته وقبل قبول الموصى ، فإن انهدمت في حياة الموصى ، فهذا على ضربين . أحدهما : أن يزول اسم الدار عنها بالانهدام . والثاني : أن لا يزول ، فإن لم يزول اسم الدار عنها لبقاء بنيان فيها تسمى دارأ ، فالوصية جائزة وله ما كان ثابتاً فيها من بنيانها ، فأما المنفصل عنها بالمهدم فالذي نصر عليه الشافعي أن يكون خارجاً من الوصية : فذهب الجمهور من أصحابنا إلى حمل ذلك على ظاهره ، وأنه خارج من الوصية ، لأن ما انفصل عنه لا يسمى دارأ ، فلم يكن للموصى له بالدار فيها حق .

وهكي أبو القاسم بن كج وجهاً آخر عن بعض أصحابنا أن نصر الشافعي على خروج ما انهدم من الوصية محمول على أنه هدمه بنفسه فصار ذلك رجوطاً فيه ، ولو انهدمت بسبب من السماء لا ينسب لفعل الموصى كان للموصى له باقي الدار لأنه منها وإنما بان عنها بعد أن تناولته الوصية ، وإن كانت الدار بعد انهدامها لا تسمى دارأ لأنها صارت عرصة لا بناء فيها ففي بطلان الوصية وجهان .

(أحدهما) لا تبطل وهذا قول من جعل الالة بعد انفصالها ملكاً للموصى له (والوجه الثاني) أن الوصية بها باطلة وهو الأصح ، لأنها إذا كانت عرصة لم تسمى دارأ ؛ ألا ترى لو حلف لا يدخلها لم يحث بدخول عرصتها بعد ذهاب

بنائها ، وهذا قول من جعل ما انفصل عنها غير داخل في الوصية ، فأما إن كان انهدامها بعد موت الموصى وبعد قبول الموصى له فالوصية بهما بمضاة ؛ وجميع ما انفصل عنها من البناء كالمتمصل يكون ملكاً للموصى له لاستقرار ملكه عليهما بالقبول .

فأما إن كان انهدامها بعد موت الموصى وقبل قبول الموصى له ، فإن لم يزل اسم الدار عنها فالوصية بحالها ، فإذا قبلها الموصى له ، فإن قيل : إن القبول يبني عن تقدم الملك بموت الموصى وكل ذلك ملك للموصى له المنفصل منه والمتصل فإن قيل : إن القبول هو المملك فله الدار وما اتصل بها من البناء .

وفي المنفصل وجهان (أحدهما) للموصى له (والثاني) للورثة ، وإن لم تسم الدار بعد انهدامها داراً .

(فإن قلنا) إن القبول يبني عن تقدم الملك ، فالوصية جائزة وجهاً واحداً وله العريضة وجميع ما فيها من منفصل أو متصل ، إذا كان عند الموت متصلاً ، وإن قيل : إن القبول هو المملك مع بطلان الوصية بانهدامها على ما مضى من الوجهين (أحدهما) باطله (والثاني) جائزة وله ما اتصل بها . وفي المنفصل وجهان : وما بقى من كلام المصنف فعلى وجهه وليس فيه أقاويل تذكر ، والله تعالى أعلم بالصواب ،

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الأوصياء

لا تجوز الوصية إلا إلى بالغ عاقل حر عدل ، فأما الصبي والمجنون والعبد والفاسق فلا تجوز الوصية اليهم ، لأنه لا حظ للميت ولا للطفل في نظر هؤلاء . ولهذا لم تثبت لهم الولاية ، وأما الكافر فلا تجوز الوصية إليه في حق المسلم ، لقوله عز وجل : لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ، ودوا ما عنتم ، ولأنه غير مأمون على المسلم ، ولهذا قال الله تعالى : لا يرقبون في مؤمن إلا ولا ذمه ، وفي جواز الوصية إليه في حق الكافر وجهان (أحدهما) أنه يجوز لأنه يجوز أن يكون وليا له فجاز أن يكون وصيا له كالمسلم (والثاني) لا يجوز كما لا تقبل شهادته للكافر والمسلم .

(فصل) وتجوز الوصية إلى المرأة لما روى أن عمر رضي الله عنه وصى إلى ابنته حفصة في صدقته ما عاشت ، فإذا مات فهو إلى ذوى الرأي من أهلها ، ولأنها من أهل الشهادة فجازت الوصية إليها كالرجل . واختلط أصحابنا في الأعمى فمنهم من قال : تجوز الوصية إليه لأنه من أهل الشهادة فجازت الوصية إليه كالصغير ، ومنهم من قال : لا تجوز الوصية لأنه تفتقر الوصية إلى عقود لا تصح من الأعمى ، وفضل نظر لا يدرك إلا بالعين .

(الشرح) تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل أجماعا ، ولا تصح إلى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه ، لأن المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف في أموالهما ، فلا يريان على غيرهما ، والكافر ليس من أهل الولاية عن مسلم ، لقوله تعالى : لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفي صدورهم أكبر .

قال ابن أبي حاتم : حدثنا أبي حدثنا أبو أيوب محمد بن الوزان حدثنا عيسى بن يونس عن أبي حيان النيمي عن أبي الزباع عن ابن أبي الدهقانة قال : قيل

لعمر بن الخطاب رضي الله عنه : إن ههنا غلاماً من أهل الحيرة حافظ. كاتب فلو
أخذته كاتباً ؟ فقال : قد اتخذت إذن بطانة من دون المؤمنين . فعلى هذا الأثر مع
هذه الآية دليل على أن أهل الذمة لا يجوز استعمالهم في الكتابة التي فيها استطالة
على المسلمين وإطلاع على دواخل أمورهم التي يخشى أن يفشوها إلى الأعداء من
أهل الحرب ، ولهذا قال تعالى (لا يألونكم خبالاً ودوا ما عنتم) وما هنا صدريّة
فيكون المصدر الصريح المفعول لودوا « عنتم » .

وقال الحافظ أبو يعلى : حدثنا إسحاق بن إسرائيل حدثنا هشيم حدثنا العوام
عن الأزهر بن راشد قال : كانوا يأتون أنساً فإذا حدثهم بحديث لا يدرون
ما هو أتوا الحسن البصري فيفسره لهم قال : فحدث ذات يوم عن النبي صلى الله
عليه وسلم « لا تستضيئوا بنار المشركين ولا تنقشوا في خواتيمكم عربياً ، فاتوا
الحسن ففسر لهم الاستضاءة : لا تستشيروا المشركين في شئوكم تصديق ذلك
في كتاب الله وتلا الآية ، ويقول الشافعي رضي الله عنه في الأم في باب الأوصياء
ولا تجوز الوصية إلا إلى بالغ مسلم عدل .

وروى ابن اسحاق وغيره عن ابن عباس قال : كان رجال من المسلمين
يوصلون رجالاً من اليهود ، لما كان بينهم من الجوار والخلق في الجاهلية ،
فأنزل الله تعالى فيهم بنهم عن مبايعتهم تخوف الفتنة عليهم هذه الآية ، وأخرج
عبد بن حميد أنها نزلت في المنافقين من أهل المدينة نهى المؤمنون أن يتولواهم ومن ثم فلا تصح
وصية مسلم إليه لأنه لا يلي على مسلم ، ولأنه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة
فلم تصح الوصية إليه كالمجنون والفسق ، وأما وصية الكافر إليه ، فإن لم يكن
عدلاً في دينه لم تصح الوصية إليه ، لأن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية
إليه فمع الكفر أولى ، وإن كان عدلاً في دينه فقيه وجهاً .

أحدهما : تصح الوصية إليه ، وهو قول أصحاب الرأي لأنه يلي بالنسب فيلي
الوصية كالمسلم . والثاني : لا تصح ، وهو قول أبي ثور لأنه فاسق فلم تصح
الوصية إليه كفاسق المسلمين . ولأصحاب أحمد وجهان كهذين ، وأما وصية
الكافر إلى المسلم إلا أن تكون تركته خيراً أو خزيراً .

أما الوصية إلى المرأة فإنها تصح في قول أكثر أهل العلم . وروى ذلك عن شريح . وبه قال مالك والثوري والأوزاعي والحسن بن صالح وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وأحمد بن حنبل ، ولم يجزه عطاء ، لأنها لا تكون قاضية فلا تكون وصية .

دليلنا أن عمر رضي الله عنه أوصى إلى حفصة ، ولأنها من أهل الشهادة فأشبهت الرجل ، وتخالف القضاء ، فإن المعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية ، وتصح الوصية للأعمى في أحد الوجهين لأنه من أهل الشهادة وهو قول أحمد وأصحابه ، ولم يسلم القائلون بالجواز لمخالفهم حكمهم ، لأنه يمكنه التوكيل فيما يحتاج إلى نظر ، ثم إنه من أهل الشهادة والولاية في النكاح ، والولاية على أولاده الصغار ، فصحت الوصية إليه كالصير . وعلى الوجه الآخر عند أصحابنا أنه لا تصح الوصية إليه بناء على أنه لا يصح بيعة ولا شراؤه ولا يوجد فيه معنى الولاية ، وقد مضى في البيوع وفي السلم وفي غيرها مزيد بيان .

أما الصبي العاقل فلا تصح الوصية إليه لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار ، ولا يصح تصرفه إلا بإذن ، فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى ؛ ولأنه مولى عليه ، فلا يكون واليا كالطفل والمجنون وهو الصحيح من مذهب الحنابلة وليس عندهم نص عن أحمد فيه ، وإنما رجح أكثرهم مذهبنا في الصبي إلا القاضي فقد قال : قياس المذهب صحة الوصية إليه ، لأن أحمد قد نص على صحة وكالته وأما الفاسق فإن الوصية إليه لا تصح في قول مالك والشافعي وأحمد . وفي رواية عن أحمد صحة الوصية إليه في رواية ابن منصور عنه . وعند الحنابلة إذا كان خائفا ضم إليه أمين

وقال ابن قدامة : وهذا يدل على صحة الوصية إليه وضم الحاكم إليه أمينا . وقال أبو حنيفة تصح الوصية إليه وينفذ تصرفه وعلى الحاكم عزله لأنه بالغ عاقل فصحت الوصية إليه كالعدل ، وبهذا يكون على قول أصحاب أحمد عدم جواز إفراده بالوصية .

وعند أبي حنيفة لا يجوز إقراره على الوصية . والله تعالى اعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واختلاف أصحابنا في الوقت الذي تعتبر فيه الشروط التي تصح بها الوصية اليه ، فمنهم من قال يعتبر ذلك عند الوفاة ، فإن وصى إلى صبي قبل أن يموت أو كافراً أو فاسقاً فصار عدلاً قبل الوفاة صححت الوصية ، لأن التصرف بعد الموت فاعتبرت الشروط عنده كما تعتبر عدالة الشهود عند الأداء أو الحكم دون التحمل ، ومنهم من قال : تعتبر عند العقد وعند الموت ، ولا تعتبر فيما بينهما ، لأن حال العقد حال الإيجاب ، وحال الموت حال التصرف فاعتبر فيهما . ومنهم من قال : تعتبر في حال الوصية وفيما بعدها ، لأن كل وقت من ذلك يجوز أن يستحق فيه التصرف بأن يموت ، فاعتبرت الشروط في الجميع .

(فصل) وإن وصى إلى رجل فتغير حاله بعد موت الموصى - فإن كان لضعف - ضم اليه معين أمين ، وإن تغير بفسق أو جنون بطلت الوصية اليه وبقيم الحاكم من يقوم مقامه .

(فصل) ويجوز أن يوصى إلى نفسين . لما روى أن قاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم جعلت النظر في وقفها إلى علي كرم الله وجهه ، فإن حدث به حدث رفعه إلى ابنيها فيليانها ، ويجوز أن يجعل اليهما وإلى كل واحد منهما لأنه تصرف مستفاد بالإذن فكان على حسب الإذن ، فإن جعل إلى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن يتفرد بالتصرف ، فإن ضعف أحدهما أو فسق أو مات جاز للآخر أن يتصرف ولا يقام مقام الآخر غيره لأن الموصى رضى بنظر كل واحد منهما وحده ، فإن وصى اليهما لم يجوز لأحدهما أن يتفرد بالتصرف لأنه لم يرض بأحدهما ، فإن ضعف أحدهما ضم اليه من يعينه ، فإن فسق أحدهما أو مات أقام الحاكم من يقوم مقامه لأن الموصى لم يرض بنظره وحده ، فإن أراد الحاكم أن يرض الجميع إلى الثاني لم يجوز لأنه لم يرض الموصى باجتماعه وحده فإن ماتا أو فسقا فهل للحاكم أن يفوض إلى واحد . فيه وجهان

(أحدهما) يجوز ، لأنه سقط حكم الوصية بموتهما وفسقهما فكان الأمر فيه إلى الحاكم (والثاني) لا يجوز لأنه لم يرض بنظر واحد ؛ وإن اختلف

الوصيان في حفظ المال جعل بينهما نصفين ، فإذا بلغا إلى التصرف — فإن كان التصرف إلى كل واحد منهما — تصرف كل واحد منهما في الجميع ، وإن كان اليهما لم يحز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف دون الآخر .

(فصل) ومن وصى إليه في شيء لم يصر وصياً في غيره ومن وصى إليه إلى مدة لم يصر وصياً بعد المدة لأنه تصرف بالإذن فكان على حسب الإذن .

(الشرح) الشروط التي أسلفنا تقريرها هل تعتبر في الوصي حال العقد أو حال الموت أو حال العقد والموت ؟ على اختلاف بين أصحابنا ، وإلى اعتبارها حال العقد ذهب أحمد وأصحابه في أحد الوجهين عندهم ، لأنها شروط لعقد فتعتبر حال وجوده كسائر العقود فلا ينفع وجودها بعده ، وعلى الوجه الثاني لو كانت لشروط كلها منتفية أو بعضها حال العقد ثم وجدت حالة الموت لصحت الوصية إليه ، وهو الوجه الثاني عند أصحاب أحمد . والوجه الثالث : أن تعتبر حال صدور العقد عند الوفاة ، ولا تعتبر حالة فيها بينهما من الزمن كما سيأتي .

(فرع) الوصية ولاية وأمانة والفاقد ليس من أهلها ، فعلى هذا إذا كان الوصي فاسقاً فحكمه حكم من لا وصى له عند أصحاب أحمد ، وينظر الحاكم في ماله ، وعند أحمد أن الوصية باطلة ابتداء كالذي طرأ عليه فسقه بعد الوصية تزول ولايته ويقوم الحاكم مقامه أميناً ، وهذا هو قول الثوري والشافعي وإسحاق وأحمد ابن حنبل . وعلى قول بعض الحنابلة كالحرق تصح الوصية ويضم إليه أمين ينظر معه ، وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين لأنه أمكن حفظ المال بالأمين ، وتحصيل نظر الوصي بابقائه في الوصية ، قالوا . فإن لم يمكن حفظ المال بالأمين تعين إزالة يد الفاسق الخائن وقطع تصرفه ، لأن حفظ المال على اليتيم أولى من رعاية قول الموصي الفاسد .

وأما العدل الذي يعجز عن النظر لعله أو ضعف طراً ، فإن الحاكم يضم إليه أميناً ، ولا تزول يده عن المال ولا نظره ويكون الأول هو الوصي دون الثاني ، وهذا معارن له ، لأن ولاية الحاكم إنما تكون عند عدم الوصي ، وهذا قول الشافعي وأبي يوسف وأحمد بن حنبل ولا أعلم لهم مخالفاً .

أما إذا تغير حال الوصى بجنون أو كفر أو سفه أو فسق زالت ولايته وصار كأنه لم يوص إليه ، ويرجع الأمر إلى الحاكم فيقيم أميناً ناظراً للميت في أمره وأمر أولاده من بعده كما لو لم يخلف وصياً

أما إذا تغيرت حالته بعد الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعاً لشروط الوصية صححت الوصية إليه . لأن الشروط موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما لو لم تتغير حاله . هذا وجه ووجه آخر تبطل لأن كل حالة منها حالة للقبول والرد فاعتبرت الشروط فيها . فأما إن زالت بعد الموت وانعزل ثم عاد فأكمل الشروط لم تعد وصيته لأنها زالت فلا تعود إلا بعقد جديد .

إذا ثبت هذا فإنه يجوز للرجل الوصية إلى اثنين . ففى أوصى إليهما مطلقاً لم يجوز لواحد منهما الا انفراد بالتصرف ، فإن مات أحدهما أو جن أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً . لأن الموصى لم يرض بنظر هذا الباقي منهما وحده ، فإن أراد الحاكم رد الباقي منهما فوجهان :

أحدهما : لا يجوز . والثاني : يجوز . لأن النظر لو كان له لموت الموصى عن غير وصية كان له رده إلى واحد كذلك ههنا ، فيكون ناظراً بالوصية من الموصى والأمانة من جهة الحاكم . ولنا أن الموصى لم يرض بتصرف هذا وحده فوجب ضم غيره إليه ، لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده .

فإن كانت الوصية بالإذن لكل واحد منهما أن يتصرف منفرداً ، فإذا مات أحدهما أو جن أو ارتد أو فسق جاز للآخر أن يتصرف ولا يقام مقام الآخر غيره لأن تصرف الباقي منهما على حسب الإذن مستفاد منه ، ولأنه رضى بنظر كل واحد منهما وحده ، فلا سبيل إلى إقامه بديل لمن بطل عقده .

وإن تغيرت حالهما جميعاً بموت أو غيره فهل للحاكم أن ينصب مكانهما واحداً ؟ فيه وجهان

أحدهما له ذلك ، لأنه لما عدم الوصيان صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة ما لم يوص ، ولو لم يوص لا كنتى بواحد ، كذا ههنا ، وينارق ما إذا كان أحدهما حياً لأن الموصى بين أنه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما إذا ما قاماً

والثاني : لا يجوز أن ينصب الا اثنين لأن الموصى لم يرض بواحد فلم يقتنع به كما لو كان أحدهما حياً .

فأما ان جعل لكل واحد منهما التصرف منفرداً فإت أحدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أميناً لأن الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة الى غيره ، وان ماتا معاً أو خرجا عن الوصية فللحاكم أن يقيم واحداً يتصرف ، وان تغيرت حال أحد الوصيين تغييراً لا يزيله عن الوصية كالمجنون عنها اضعف أو علة ونحو ذلك ، وكان لكل واحد منهما التصرف منفرداً ، فليس للحاكم أن يضم اليهما أميناً ، لأن الباقي منهما يكفي ، الا أن يكون الباقي منهما بمجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه ، فله أن يقيم أميناً ، وان كانا من ليس لأحدهما التصرف على الافراد فعلى الحاكم أن يقيم مقام من اضعف منهما عنهما أميناً يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة : الوصيان والأمين معهما . وليس لواحد منهم التصرف وحده

(فرع) قوله : ومن وصى اليه في شيء لم يصر وصياً في غيره الخ . وهذا صحيح لأنه يجوز أن يوصى الى رجل بشيء دون شيء ، مثل أن يوصى الى انسان بتفريق وصيته دون غيرها أو بقبض معاشه أو بقضاء ديونه ، أو بالنظر في أمر أطفاله لحسب ، فلا يكون له غير ما جعل اليه

ويجوز أن يوصى الى انسان بقبض معاشه لصغاره ، وبآخر الإنفاق عليهم من هذا المعاش ، والى آخر بقضاء ديونه ، والى آخر بالإنفاق على أطفاله ، فلا يكون لكل واحد منهم الا ما جعل له دون غيره ، ومتى أوصى اليه بشيء لم يصر وصياً في غيره . وبهذا قال الشافعي وأحمد بن حنبل

وقال أبو حنيفة : يصير وصياً في كل ما يملكه الوصى ، لان هذه ولاية تنقل من الاب بموته ، فلا تتبع كولاية الجد

ولنا أنه استفاد التصرف بالاذن من جهة انسان ، فكان مقصوداً على ما أذن فيه كالوكيل . وولاية الجد ممنوعة ثم ولاية الجد استفادها بقرابته وهي لا تتبع والاذن يتبع فافترقا .

وكذلك اذا أوصى له الى زمن معين موصرف ، كان اذا بلغ الصبي أو قدم

المسافر ، أو معين كقوله إلى سنة ثمان وثمانين وثلاثمائة بعد الألف ، وهو العام الذي نخط فيه هذا الشرح ، فإنه لا يجوز أن يتجاوزهُ لأن الاذن موقت بالدام المذكور . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وللوصى أن يوكل فيما لم تجر به العادة أن يتولاه بنفسه كما قلنا في الوكيل ، ولا يجوز أن يوصى إلى غيره ، لأنه يتصرف بالاذن فلم يملك الوصية كالوكيل ، فإن قال أوصيت إليك : فإن مات فقد أوصيت إلى فلان صح ، لأن عمر رضى الله عنه وصى إلى حفصة ، فإذا ماتت فإلى ذوى الرأى من أهلها ، ووصت فاطمة رضى الله عنها إلى علي كرم الله وجهه : فإذا مات فإلى ابنائها ، ولأنه علق وصية التالى على شرط ، فصار كما لو قال وصيت إليك شهرًا ثم قال إلى فلان ، فإن أوصى إليه وأذن له أن يوصى إلى من يرى فقد قال فى الوصايا لا يجوز . وقال فى اختلاف العراقيين يجوز . فن أصحابنا من قال يجوز قولاً واحداً لأنه ملك الوصية والتصرف فى المال ، فإذا جاز أن ينقل التصرف فى المال إلى الوصى جاز أن ينقل الوصية إليه : وما قال فى الوصايا أراد إذا أطلق الوصية ومنهم من قال فيه قولان

(أحدهما) يجوز لما ذكرناه (والثانى) لا يجوز لأنه يعقد الوصية عن الموصى فى حال لا ولاية له فيه . وإن وصى إليه وأذن له أن يوصى بعد موته إلى رجل بعينه ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه قطع اجتماعه فيه بالتعيين (والثانى) أنه كالمسألة الأولى لأن علة المسألين واحدة

(فصل) ولا تتم الوصية إليه إلا بالقبول لأنه وصية فلا تتم إلا بالقبول كالوصية له . وفى وقت القبول وجهان (أحدهما) يصح القبول فى الحال لأنه أذن له فى التصرف فصح القبول فى الحال كالوكالة (والثانى) لا يصح إلا بعد الموت كالقبول فى الوصية له .

(فصل) وللوصى أن يعزل الوصى إذا شاء ، وللوصى أن يعزل

نفسه متى شاء ، لأنه تصرف بالاذن لجاز لكل واحد منهما فسخره كالوالة .

(فصل) إذا بلغ الصبي واختلف هو والوصي في النفقة ، فقال الوصي أنفقت عليك ، وقال الصبي لم تنفق عليّ ، فالقول قول الوصي لأنه أمين وتعتذر عليه إقامة البينة على النفقة ، فإن اختلفا في قدر النفقة فقال : أنفقت عليك في كل سنة مائة دينار . وقال الصبي بل أنفقت عليّ خمسين ديناراً ، فإن كان ما يدعيه الوصي النفقة بالمعروف فالقول قوله لأنه أمين ، وإن كان أكثر من النفقة بالمعروف فعليه الضمان لأنه فرط في الزيادة

وإن اختلفا في المدة فقال الوصي : أنفقت عشر سنين ، وقال الصبي خمس سنين ، ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أن القول قول الوصي ، كما لو اختلفا في قدر النفقة

(والثاني) وهو قول أكثر أصحابنا أن القول قول الصبي ، لأنه اختلاف في مدة : الأصل عدمها

(فصل) وإن اختلفا في دفع المال إليه فادعى الوصي أنه دفعه إليه وإنكر الصبي ، ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص أن القول قول الصبي لأنه لم يأتئنه على حفظ المال فلم يقبل قوله عليه ، كالمودع إذا ادعى دفع الوديعة إلى وارث المودع ؛ والملتقط إذا ادعى دفع اللقطة إلى مالكها (والثاني) أن القول قول الوصي كما قلنا في النفقة .

• • •

(الشرح) الأحكام : إذا أوصى له في شيء لا يحسن القيام به بنفسه ، جاز له أن يوكل عنه من يتولاه ، كان كان ما عهد إليه بالوصية فيه كثير الجوانب متعدد الجهات بحيث يحتاج الوصي إلى من يعينه على أدائه وكذلك لو كان العمل شاقاً لا يقدر مثله على القيام به ويحتاج إلى شخص قوي يؤديه ؛ أو كان العمل يفتقر إلى مهارة أو فن خاص له دارسوه والمتخصصون فيه كالهندسة ونحوها جاز له

توكيل غيره ممن يقوم بمثل هذه الأمور ، وكذلك لو كان العمل سهلاً ولكن من الأعمال التي ترفع الوصي في العادة عن مثلها لدنائها جاز له أن يوكل من يقوم بها أما الوصية إلى غيره بغير إذن من الموصي فإنه لا يصبح ذلك منه قولاً واحداً .

أما إذا قال : أوصيت إليك ومن بعدك إلى فلان ، فإن ذلك جائز ولا كلام لما روينا عن عمر أنه وصى إلى حفصة ، فإذا ماتت قال ذوى الرأي من قومها : ولذا جاز أن يوصى إلى من يخلفه بالنعيين كأوصيت إلى فلان فإذا مات قال فلان كما أوصت فاطمة إلى علي ومن بعده إلى ولديها السبطين رضي الله عنهما ، كما يجوز أن يوصى إلى من يخلفه بالوصف كقول عمر : قال ذوى الرأي من قومها ، وتجري هذه الوصية مجرى المعاق على شرط كالوصية إلى أجل معين أو موصوف على ماضى في الفصل قبله .

أما إذا أوصى إليه ثم أذن له أن يوصى إلى من يرى أو إلى من يشاء ، أو كل من أوصيت إليه فقد أوصيت إليه أو فهو وصى فقد قال الشافعي رضي الله عنه في الوصايا من الأم : ولو أوصى رجل إلى رجل فمات الموصى إليه وأوصى بما أوصى به إلى رجل لم يكن وصى الوصى وصياً للميت الأول ، لأن الميت الأول لم يرض الموصى الآخر .

ولو قال : أوصيت إلى فلان فإن حدث به حدث فقد أوصيت إلى من أوصى إليه لم يجز ذلك لأنه إنما أوصى بما لا غيره . وقال في اختلاف العراقيين في نسخة السراج البلقيني باب الوصى من اختلاف العراقيين ، وهي بعد وصية الإمام الشافعي رضي الله عنه التي كتبها قبل موته

قال الشافعي رحمه الله تعالى : ولو أن رجلاً أوصى إلى رجل فمات الموصى إليه فأوصى إلى آخر ، فإن أبا حنيفة كان يقول : هذا الآخر وصى الرجلين جميعاً وبهذا يأخذ ؛ وكذلك بلغنا عن إبراهيم ، وكان ابن أبي ليلى يقول : هذا الآخر وصى الذي أوصى إليه ، ولا يكون وصياً للأول إلا أن يقول الثاني : قد أوصيت إليك في كل شيء ، أو يذكر وصية الآخر .

فنصحنا من قال بالجواز قولاً واحداً لأنه ملك الوصية والنصرف في المال

ورضى الموصى باجتهاده واجتهاد من يراه فصيح كما لو وصى اليهما معاً ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، واليه ذهب أحمد وأصحابه . وقالوا لأنه مأذون له في الاذن في التصرف لماز له أن يأذن لغيره كالوكيل إذا أمر بالتوكيل ، وما قال الشافعي في الوصايا أراد إذا أطلق الوصية .

ومن أصحابنا من قال : فيه قولان . أحدهما : يجوز لما أثبتناه ، والثاني : لا يجوز لأنه ليس له أن يوصى لأنه يلي بتوليته فلا يصح أن يولى فيها لا ولاية له فيه . أما إذا وصى له وأذن له في أن يوصى إلى فلان بعده بعينه ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه لم يترك له اعمال الوسم ولا بذل الجهد في تعيينه فقد أذن له أن يوصى اليه معيناً باسمه فصيح كما لو أوصى له ثم من بعده إلى فلان ، والثاني : أنه كالمسألة قبلها لأنه كان يوصيه أن يوصى اليه من بعده ، ولكنه أذن له في الوصية فكانه جعل الوصية من شأنه .

وجملة ذلك أنه لا يجوز للرصى أن يوصى إلى غيره ، وهو قول الشافعي وإسحاق وأحمد قولي أحمد . والظاهر من مذهب الحنابلة لقوله في ذلك في الوكيل لأنه يتصرف بتولية فلم يكن له التفويض كالوكيل . وقال مالك وأبو حنيفة والثوري وأبو يوسف وأحمد في أحد قولي له أن يوصى إلى غيره .

(فرع) يصح قبول الوصية وردها في حياة الموصى ، لأنها اذن في التصرف فصيح قبوله بعد العقد كالوكيل ، وهي لا تتم الا بالقبول كالوصية له ، والفرق بينهما أن الاولى اذن له في التصرف والثانية تمليك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت ، هذا وجه والوجه الآخر أنه يجوز تأخير القبول إلى ما بعد الموت لأنها نوع وصية فصيح قبولها بعد الموت كالوصية له ، ومتى قبل صار وصياً وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز في حياة الموصى ، وبعد موته بمشهد منه وفي غيبته ، وبهذا قال الشافعي وأحمد . وقال أبو حنيفة : لا يجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز في حياته الا بحضوره ، لأنه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الا بصاء إلى غيره ، وذكر ابن أبي موسى رواية عن أحمد : ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك ، وهذا فاسد لأنه متصرف بالاذن فكان له عزل

نفسه كالكيل ، فأما اختلاف الوصى والوصى فقد مضى كلامنا فيه في الحجر
وفي الوكالة ، وبعض صورته في الوديعة ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يلحق الميت بما يفعل عنه بعد موته بغير إذنه إلا دين يقضى
عنه أو صدقة يتصدق بها عنه أو دعاء يدعى له ، فأما الدين فالدليل عليه ما روى
أن امرأة من خثعم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحج عن أبيها
فأذن لها ، فقالت : أينفعه ذلك ؟ قال نعم كما لو كان على أبيك دين فقضيته نفعه ،
وأما الصدقة فالدليل عليها ما روى ابن عباس ر أن رجلاً قال لرسول الله صلى الله
عليه وسلم : إن أمه توفيت أينفعها أن أتصدق عنها ؟ فقال : نعم قال : فإن لي
مخرفاً فأشهدك أني قد تصدقت به عنها ،

وأما الدعاء فالدليل عليه قوله عز وجل : والذين جاؤا من بعدهم يقولون :
ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان ، فأثنى الله عز وجل عليهم بالدعاء
لإخوانهم من الموتي ، وأما ما سوى ذلك من القرب كقراءة القرآن وغيرها
فلا يلحق الميت ثوابها ، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال : إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاث ، صدقة جارية ، أو
علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له ، واختلف أصحابنا فيمن مات وعليه كفارة
يمين فأعتق عنه ، فمنهم من قال : لا يقع العتق عن الميت بل يكون للمعتق لأن
العتق غير متحتم على الميت لأنه كان يجوز له تركه إلى غيره فلم يقع عنه ، كما لو
تطوع بالعتق عنه في غير الكفارة ؛ ومنهم من قال : يقع عنه لأنه لو أعتق في
حياته سقط به الفرض ، وبالله التوفيق .

(الشرح) حديث المرأة الخثعمية رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد في مسنده
عن ابن عباس ، وأخرجه أحمد والترمذي وصححه والبيهقي عن حديث علي بن
أبي طالب رضي الله عنه . وعن عبد الله بن الزبير قال : جاء رجل من خثعم إلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن أبي أدركه الإسلام وهو شيخ كبير

لا يستطيع ركوب الرجل والحج مكتوب عليه أفأحج عنه؟ قال أنت أكبر ولده؟ قال نعم. قال أرايت لو كان علي أبوك دين فقضيت عنه أكان يجزى ذلك عنه؟ قال نعم قال فأحج عنه، رواه أحمد والنسائي بمعناه. وقال الحافظ ابن حجر سنده صالح. وعن ابن عباس أيضا أن امرأة من جهينة جاءت إلى النبي (ص) فقالت: إن أمي نذرت أن تحج فلم تحج حتى ماتت أفأحج عنها؟ قال نعم حجي عنها. أرايت لو كان علي أمك دين أكنت قاضيته، اقضوا الله فاق الله أحق بالرفاء. رواه البخاري والنسائي بمعناه. وعند أحمد ورواية أخرى للبخاري بنحو ذلك وفيها قال: جاء رجل فقال: إن أختي نذرت أن تحج، وهو يدل على صحة الحج عن الميت من الوارث وغيره حيث لم يستفصله أوارث هو أم لا، وشبهه بالدين. وروى الدارقطني عن ابن عباس أن رجلا أتى النبي (ص) فقال: إن أبي مات وعليه حجة الإسلام أفأحج عنه؟ الحديث،

أما حديث ابن عباس أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أمي توفيت أينفعها إن تصدقت عنها؟ قال نعم. قال: فإن لي مخرفا فأنا أشهدك أني قد تصدقت به عنها، فقد رواه البخاري والترمذي وأبو داود والنسائي وقد ورد اسم الرجل الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم في رواية البخاري أنه سعد ابن عباد، ويؤيد ذلك أن أحمد والنسائي أخرجا حديثاً عن الحسن بن سعد بن عباد أن أمه ماتت فقال: يا رسول الله إن أمي ماتت أفأصدق عنها؟ قال نعم قلت: فأى الصدقة أفضل؟ قال سقي الماء، قال الحسن: فتملك سقاية آل سعد بالمدينة، أما حديث: إذا مات ابن آدم، فقد رواه مسلم وأصحاب السنن من حديث أبي هريرة رضي الله عنه. ولفظ مسلم: إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له.

أما قوله تعالى من سورة الحشر: والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالإيمان، فقد روى عن سعد بن أبي وقاص قال: الناس على ثلاث منازل قد مضت منزلتان - يعني قوله تعالى: للفقراء المماجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضواناً وينصرون

الله ورسوله أو أئمة هم الصادقون ، والذين تبوءوا الدار والايمان من قبلهم يحبون من هاجر اليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا - إلى قوله تعالى - المفاجون ، ثم قال : وبقيت منزلة ، فأحسن ما أنتم كائنون عليه أن تكونوا بهذه المنزلة التي بقيت ، ثم قرأ : والذين جاءوا من بعدهم . الآية

أما اللغات فقوله : فإن لي مخرفاً . في رواية مخراف ، والمخرف والمخراف الحديقة من النخل أو العنب

أما أحاديث الفصل فإنها تدل على ان الصدقة من الولد تلحق الوالدین بعد موتهما بدون وصية منهما ، ويصل اليهما ثوابها فيخصر العام من قوله تعالى : وأن لبس الإنسان إلا ما سعى ، أخبرنا الربيع بن سليمان قال حدثنا الشافعي إمامه قال : يلحق الميت من فعل غيره وعمله ثلاث : حج يؤدي عنه ، ومال يتصدق به عنه أو يقضى ، ودعاء . فأما ما سوى ذلك من صلاة أو صيام فهو لأماله دون الميت ، وإنما قلنا بهذا دون ما سواه استدلالاً بالسنة في الحج خاصة والعمرة مثله قياساً . وذلك الواجب دون التطوع ولا يحج أحد عن أحد تطوعاً لأنه عمل على البدن . فأما المال فإن الرجل يجب عليه فيها له الحق من الزكاة وغيرها فيجزيه ان يؤدي عنه بأمره لأنه إنما يريد بالفرض فيه تأديته الى اهله لا عمل البدن ، فإذا عمل امرؤ عنى ما فرض من مالى فقد أدى الفرض عنى . وأما الدعاء فإن الله عز وجل ندب العباد اليه . وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم به فإذا جاز ان يدعى للأخ حياً جاز ان يدعى له ميتاً ، ولحقه ان شاء الله تعالى بركة ذلك ، مع ان الله عز ذكره واسع لأن يوفى الحى أجره ويدخل على الميت منفعتة . وكذلك كلما تطوع رجل عن رجل صدقة تطوع اه

وقال شيخنا النووي في كتاب الاذكار في باب ما ينفع الميت من قول وغيره اجمع العلماء على ان الدعاء للأموات ينفعهم وبصلهم ثوابه . واحتجوا بقول الله تعالى : والذين جاءوا من بعدهم ، الآية وغير ذلك من الآيات المشهورة بمعناها . وفي الأحاديث المشهورة كقوله صلى الله عليه وسلم : اللهم اغفر لأهل بقيع الفرقد ، وكقوله صلى الله عليه وسلم : اللهم اغفر لحينا وميتنا وغير ذلك . واختلاف العلماء في وصول ثواب قراءة القرآن . فالمشهور من مذهب الشافعي

وجماعة أنه لا يصل . وذهب أحمد بن حنبل وجماعة من العلماء وجماعة من أصحاب الشافعي إلى أنه يصل ، والمختار أن يقول بعد القراءة : اللهم أوصل ثواب ما قرأته . والله أعلم اهـ

وقال ابن النحوي في شرح المنهاج : لا يصل إلى الميت عندنا ثواب القراءة على المشهور . والمختار الوصول إذا سأل الله إيصال ثواب قراءته ، وينبغي الجزم به لأنه دعاء ، فإذا جاز الدعاء الميت بما ليس للداعي ، لأن يجوز بما هو له أولى ، ويبقى الأمر فيه موقوفا على استجابة الدعاء . وهذا المعنى لا يخص بالقراءة بل يجري في سائر الأعمال ، والظاهر أن الدعاء متفق عليه أنه ينفع الميت والحي القريب والبعيد بوصية وغيرها . وعلى ذلك أحاديث كثيرة ، بل كان أفضل الدعاء أن يدعو لأخيه بظهر الغيب

وقد حكى النووي في شرح مسلم الإجماع على وصول الدعاء إلى الميت ، وكذا حكى أيضاً الإجماع على أن الصدقة تقع عن الميت ويصل ثوابها ولم يقيد ذلك بالولد . وحكى الإجماع على لحوق قضاء الدين . والحق أنه يخص عموم الآية بالصدقة من الولد كما في أحاديث الفصل وبالحج من الولد كما في حديث الخثعمية ومن غير الولد أيضاً كما في حديث المحرم عن أخيه شبرمة .

وقد نشرت مطبعة الامام رسالة في هذا الموضوع مستوفاة اسمها (تفسير سورة يس) للسيد صديق حسن خان وجعلت في آخرها ما يتعلق بهذا الموضوع وهو يغني عن التطويل هنا .

تمَّ الجزء الخامس عشر ويليه الجزء السادس عشر

وأوله كتاب العتق

- ٣ (كتاب الإجارة) ولا تجوز على المنافع المحرمة ، الخلاف في استئجار
الفحل للضراب ٤ واختلفوا في استئجار الأشجار لتجفيف الثياب
٧ واختلفوا في الكافر إذا استأجر مسلماً ؛ ويجوز على منفعة عين حاضرة
وعلى عين في الذمة ولا تجوز إلا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها
١١ ولا تجوز إلا على منفعة معلومة ١٢ وما عقد على مدة لا يجوز إلا
على مدة معلومة ٢٠ وان استأجر ظهراً للركوب لم يصح حتى يعرف
جنس المركوب ٢١ وان استأجر ظهراً لحمل متاع صح من غير ذكر
جنس الظهر ؛ ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع
٢٣ وان استأجر ظهراً للسقي لم يصح حتى يعرف الظهر لأنه لا يجوز إلا على
مدة . وان استأجر ظهراً للحرث لم يصح حتى يعرف الأرض
٢٦ وان استأجر رجلاً ليرعى له مدة لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان
٢٨ وان استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يبين أنه أفراد أو قران أو تمتع
٣٢ ولا تصح الإجارة إلا على أجرة معلومة ٣٦ وما عقد من الإجارة
على منفعة موصوفة يجوز حالاً ومؤجلاً ٤١ وما عقد من الإجارة
على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار ، وإذا تم العقد لم يملك فسخه إلا بعيب
٤٤ باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما
٤٥ وعلى المكري إشالة المحمل وحطه ، وعليه علف الظهر
٤٨ وللمستأجر أن يستوفي مثل المنفعة المعقود عليها ٥٢ وإن أكرى ظهراً
فله أن يضربه ويكبحه بالأجام . وله أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره
(الاسكان من الباطن) ٥٨ فإن استأجر عيناً لمنفعة واشترط عليه
أن لا يجعلها لغيره ٥٩ وان أجره عيناً ثم أراد أن يبدلها بغيرها لم يملك
٦٥ فإن استأجر أرضاً مدة للزراعة فأراد أن يزرع مالا يستحصل في تلك المدة
٧٣ باب ما يوجب فسخ الإجارة ، وجود العيب وهو ما تنقض به المنفعة
٧٤ ومتى رد بالعيب فلما فسخ وإما أبدلها ٧٩ وان أكرى نفسه فهرب
وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة على إرضاعه . وإن استأجر رجلاً

ليعالجه فشفي من مرضه . وإن مات الأجير في الحج قبل الإحرام أو بعده
وإذا استوفى المستاجر بعض المنفعة ثم رد بالعيب أو ... وإن أجر عينا ثم
باعها من غير المستاجر

٨٨ وإن أجر عينا من رجل ثم مات أحدهما لم يبطل العقد

٩٤ باب تضمين المستاجر والأجير . وإن اكرى ظهرا إلى مكان لجأوزه

٩٥ وإن استاجر عينا فتلفت بتفريط أو بغيره . وإن عمل الأجير بغير العمل
أو جميعه ثم تلف .. وإن دفع قاشا إلى خياط وقال إن كان يكفيني لقميص
فأقطعه فقطعه فلم يكفه

١٠١ وإن استاجر رجلا للحج فأتى بما يوجب الفدية فعليه

١٠٥ باب اختلاف المتكاريين . وإن دفع قاشا إلى خياط فقطعه قباء فقال
رب الثوب أمرتك أن تقطعه أيضا

١٠٩ إذا استاجر صانعا لعمل فمعه عمل له أن يحبس العين على الأجرة

١١٠ وإن دفع قاشا إلى خياط ولم يذكر أجرة

١١٣ ✓ باب الجمالة وبيانها . ويجوز على عمل مجهول . ولا يستحق العامل العمل
إلا بعد العمل . ويجوز لكل واحد منها فسخ العقد . وإن اختلف العامل
ورب المال

١٢٨ (كتاب السبق والرمي) ويجوز ذلك بموضع . ويجوز أن يكون الموضع
منهما أو من أحدهما أو من غيرهما

١٤٢ وإن كان المسابقة على مركوبين فلا تجوز إلا على جنس واحد . ولا تجوز
إلا على مسافة معلومة

١٥٠ المسابقة : لها صورة قار وصورة غير قار . ويطلق الفرسان من مكان
واحد في وقت واحد ١٥٤ وإن عثر أحد الفرسين وسبقه الآخر لم

يحكم له ١١٣ ولا يصح إلا بتعيين المتسابقين ، ولا يجوز الرمي إلا على
رشق معلوم وإصابة عدد معلوم ١٦٧ ويجب أن يكون الغرض معلوما

في نفسه فيعرف طوله وعرضه ١٦٩ ويجب أن يكون موضع الإصابة
معلوما . ويجوز أن يرمي سهما وسهما وخمسا وخمسا ولا يجوز أن يتفاضلا في

عدد الرشق ولا في عدد الإصابة

- ١٧٥ وإذا تناضلا لم يخل اما أن يكون الرمي مبادرة أو محاطة أو .. وتفسير ذلك
- ١٨٤ وان كان النضال بين حربيين جاز ١٩١ باب بيان الاصابة والخطأ في الرمي
- ١٩٢ وان انقطع الوتر فرمى وأصاب حسب له وان أخطأ لم يحسب عليه ، وان عرض دون الغرض عارض منع وصول السهم لم يحسب عليه
- ١٩٦ وان كان العقد على اصابة موصوفة نظرت ١٩٩ اذا مات أحد الراميين بطل العقد
- ٢٠٣ (كتاب احياء الموات) ٢٠٥ ما يحتاج اليه لمصلحة العامر من المرافق من الطريق ومسيل الماء لا يجوز احيائه ٢١١ والاحياء الذي يملك به ان يعمر الأرض لما يريد ٢١٤ واذا أحيى الأرض ملكها وما فيها من المعادن ويملك بالاحياء ما يحتاج اليه من المرافق كالطريق
- ٢١٩ وان شرع رجل في احياء موات ولم يتمه فهو أحق به
- ٢٢٤ ويجوز الارتفاق بما بين العامر من الشوارع والرحاب
- ٢٢٧ باب الإقطاع والحجى ، لا يجوز إقطاع المعادن الظاهرة
- ٢٣٧ ولا يجوز لأحد أن يحجى مواتاً لينزع الاحياء ٢٣٩ باب حكم المياه ، أنواع المياه المباحة وغير المباحة ٢٤٢ وأما المباح فهو الماء الذي ينبت في الموات ٢٤٧ وإن اشترك جماعة في استنباط عين اشتركوا في مائها ويكون الماء بينهم بنسبة ما أنفق كل منهم
- ٢٤٩ (كتاب اللقطة) ٢٥٠ إن أخذها اثنان كانت بينهما ٢٥٥ اذا أخذها عرف عفاصها وهو وعاءها ٢٦١ فإن عرفها ولم يحضر صاحبها فوجهان ، فإن حضر صاحبها فإن كانت باقية له وان كانت تالفة فلا ضمان
- ٢٦٧ وان جاء من يدعيها ووصفها .. فإن دفعها اليه ثم جاء غيره وأقام البيعة انما له ٢٧١ وان وجد ضامن لم يخل إما أن تكون في برية أو بلد
- ٢٧٨ وان وجد مالا يبقى كالطبيخ والبطيخ فهو بالخيار بين ان .. وبين أن ..
- ٢٨٠ وان وجد المحجور لسفه أو .. نقطة ، وان وجد الفاسق لقطة لم يأخذها وان النقط كافر لقطة فوجهان ٢٨٤ (كتاب اللقبط) وان وجد لقبط

مجهول الحال حكم بحريته ٢٨٧ فان كان مع اللقيط مال كانت نفقته في ماله
 ٢٩٢ وان التقطه كافر واللقيط محكوم بإسلامه لم يقر في يده ، وان التقطه مسافر
 يريد السفر به .. وان التقطه فقير . ٢٩٥ وان تنازع في كفالته شخصان
 قبل أن يأخذه ٥٥١ وان ادعى حر مسلم نسبه لحق به ، وان ادعت امرأة
 نسبه ٥٥٧ وان تدعى نسبه ر لان لم يحز إلحاقه بهما ٣١٣ ومن حكم
 بإسلامه أو بإحد أبيه لحكمه قبل البلوغ ٣١٤ وان بلغ اللقيط وقذفه رجل
 ٣١٩ (كتاب الوقف) يجوز وقف كل عين ينتفع بها على الدوام كالعقار
 ٣٢٠ ولا يصح الوقف الا في عين معينة ٣٢٥ وما جاز وقفه جاز وقف جزء
 مشاع منه ، ولا يجوز الوقف على مجهول ٣٣٣ ولا يجوز الى مدة ، ولا
 يجوز الا على سبيل لا ينقطع ٣٤٧ وتصرف غلة الوقف على شرط الواقف
 ولو خالف نظام الارث ٣٤٨ فان قال وقفت على أولادى دخل فيه الذكر
 والآثى ٣٥٤ وان قال على أقربى دخل فيه . . وان وقف على أقرب
 الناس اليه . . ٣٦٠ وان وقف ولم بشرط الناظر

٣٦٧ كتاب الهبات ٣٦٩ صلة الرحم والعدل بين الأولاد
 قبول الهدية وإن صغرت وكراهة الرجوع في الهبة ٣٧٣ ما جاز بيعه جاز
 هبته وما لا فلا ، ولا يجوز تعليقهما على شرط
 ٣٧٧ لا يملك الموهوب الهبة من غير قبض ٣٨١ لا يحل للرجل أن يرجع في الهبة
 إلا فيها وهب لولده ٣٨٧ هل يلزم الموهوب له أن يثيب الواهب
 ٣٨١ باب العمرى والرقبي ومعناها ٣٩٧ كتاب الوصايا : الوصية بالخلافة إلى من
 يصلح لها ، والوصية بالمسال التبرع به بعد الموت ، ومن له مال وولد جاز له
 أن يوصى الى من ينظر في ماله بعد موته لولده
 ٣٩٩ لا وصية لوارث وتجاوز الأجانب
 ٤٠١ الوصية والتبرع بثالث المال ٤٠٤ وإن حاف المريض في الوصية ينبغي نفيه
 ٤٠٧ والا فضل أن يقدم ما يوصى به حال حياته ٤١٠ وإذا أوصى بما زاد على
 الثلث ما العمل ؟ ٤١٣ الوصايا الباطلة ٤١٦ الوصية للذمي وللقاتل
 ٤٢ الوصية للوارث . لا تصح الوصية للبيعت ولا للمجهول

- ٢٥ الوصية بالمشاع ٤٢٩ يجوز تعليق الوصية على شرط
- ٤٣٠ إن مات الموصى له قبل الموصى بطلت الوصية
- ٤٣٦ باب ما يعتبر من الثلث وما لا يعتبر ٤٣٧ أسماء الامراض المؤدية الى الموت
- ٤٤٦ وإن عجز الثلث عن التبرعات ما العمل ؟ ٤٦١ باب جامع الوصايا . اذا وصى لجيرانه صرف إلى أربعين داراً من كل جانب . وإن وصى لقراء القرآن فمن هم ؟ ٤٦٣ إذا وصى للأيتام : من هم
- ٤٧١ وإن أوصى الى رجل أن يضع ثلث ماله حيث يرى لم يجوز أن يأخذه لنفسه
- ٤٧٥ إن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته كان له مثل نصيب أقلامهم
- ٤٨٠ إن وصى بضعف نصيب فلان فكم هو ؟ وإن وصى بضعف نصيب فلان فكم هو ؟
- ٤٨٤ إن قال اعطوه شاة جار أن يعطوه صغيراً أو كبيراً
- ٤٩١ إن وصى بحج فرض أو التطوع ٤٩٩ باب الرجوع في الوصية
- ٥٠٤ أعمال إذا عملها الموصى كانت رجوعاً في الوصية . أعمال لا تعد رجوعاً
- ٥٠٨ باب الاوصياء والى من تجوز ٥٠٨ الوصية الى المرأة
- ٥١١ إن وصى الى رجل فتغير حاله بعد موت الموصى ، يجوز أن يوصى الى نفسين
- ٥١٥ وللوصى أن يوكل فيها لم تجز به العادة أن يتولاه بنفسه ، وللوصى أن يعزل الوصى ٥١٦ اذا بلغ الصبي واختلاف هو والوصى في مقدار النفقة وإن اختلفا في دفع المال اليه ٥١٩ ويلحق الميت بما يفعل عنه بعد موته بغير اذنه : قضاء دينه أو صدقة عنه أو دعاء له